

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO:
uma desconstrução

Belo Horizonte
2008

Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO:
uma desconstrução

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Mineira de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Belo Horizonte

2008

F383n Ferreira, Lucina Pereira Queiroz Pimenta
Natureza jurídica do processo: uma desconstrução/ Luciana Pereira
Queiroz Pimenta Ferreira. Belo Horizonte, 2008.
170f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Tese (Doutorado)– Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito.
Bibliografia.

1. Processo – Natureza jurídica. I. Leal, Rosemiro Pereira.
II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-
graduação em Direito III. Título.

347.9

CDU: 336.121

Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

**NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO:
uma desconstrução**

Tese destinada à obtenção do título de Doutora, apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de concentração em Direito Processual.

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

Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira - PUC-Minas

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias - PUC-Minas

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira - Faculdade de Direito Dom Helder Câmara

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros - PUC-Minas

Belo Horizonte, 02 de junho de 2008.

À minha família, em especial aos meus pais,
PEDRO e VERA, cuja delicadeliza e força, em
ambos, são a tensão mais inspiradora que conheço;
Ao meu avô MOZART, com saudade, por ser
quem primeiro me despertou para estudar nas
madrugadas e por me ensinar que ser professor é
o ofício mais nobre do mundo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, cuja confiança é sempre força motriz, em mim;

Ao meu marido, JOSIMAR, com quem o diálogo e o silêncio são momentos de aprendizado, pelo amor, respeito e companheirismo;

Às minhas irmãs, LÍLIAN e LENORA, que acreditam em mim, às vezes mais do que eu mesma;

Aos livros, esses seres tão vivos... nas estantes, nas salas e em mim.

Ao professor-orientador, Rosemiro Pereira Leal, pela tolerância, pelo exemplo acadêmico e pelas correções, tão pontuais e enriquecedoras, sem as quais esse trabalho não assumiria o *status* de tese;

À PUC-Minas, berço da minha formação jurídica e sede do meu ofício de professora, pelo Programa Permanente de Capacitação de Docentes, viabilizador da minha dedicação a essa tese;

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da PUC-Minas, pela contribuição que deram à minha visão reformulada do Direito, do Processo e, sobretudo, da Filosofia, descendo-a do alto do pedestal da Razão;

Aos professores que compuseram a Pré-Banca, a saber, Dr. Rosemiro Pereira Leal, Dr. José Marcos Rodrigues Vieira e Dr. Fernando Horta Tavares, pela criticidade com que argüiram o trabalho e pelas sugestões de reformulação, que contribuíram para uma versão mais linear da tese;

Aos Professores da Universidade de Uberaba e amigos, Sérgio Tiveron e Roberta Toledo, minha eterna gratidão pelo incentivo e pela biblioteca, inteiramente à minha disposição;

Aos meus alunos, com quem desenvolvi diálogos que iluminaram muitas das minhas proposições.

Essa tese pode ser um erro ...

Contudo não é fácil se aproximar da verdade. Existe apenas um caminho, o caminho de nossos erros. Podemos aprender apenas com nossos erros; e só aprenderá quem estiver disposto a apreciar os erros dos outros como passos para a verdade; e quem procura por seus próprios erros a fim de se livrar deles.

*A idéia de auto-emancipação pelo conhecimento não é, portanto, o mesmo que a idéia de domínio sobre a **natureza**. É, antes, a idéia de uma autolibertação espiritual do erro, da crença errônea. É a idéia de uma auto-emancipação espiritual mediante a crítica às idéias próprias.*

Vemos aqui que o Esclarecimento não condena a fé fanática por motivos puramente utilitários; tampouco porque espera que possamos avançar melhor na política e na vida prática com uma atitude mais sóbria. A condenação da fé fanática é, antes, uma consequência da idéia da busca da verdade pela crítica de nossos erros. E essa autocrítica e auto-emancipação só são possíveis numa atmosfera pluralista, isto é, numa sociedade aberta que tolere nossos erros e muitos outros erros.

Desse modo, a idéia de auto-emancipação pelo conhecimento, que o Esclarecimento defendeu, continha também, desde o início, a idéia de que devemos aprender a nos distanciar de nossas próprias idéias, em vez de nos identificar com elas. O reconhecimento do poder espiritual das idéias conduziu à tarefa de nos libertarmos do extremo poder espiritual das falsas idéias. No interesse da busca da verdade e da libertação do erro, devemos nos educar a ver nossas idéias tão criticamente quanto as idéias que combatemos.

*Isso não significa uma concessão ao relativismo; pois a idéia do erro pressupõe a idéia da verdade. Quando admitimos que o outro tem razão e que talvez tenhamos errado, isso não significa que importa apenas o ponto de vista e que, como dizem os relativistas, cada um está certo de seu ponto de vista é errado de um outro ponto de vista. Nas democracias ocidentais muitos aprenderam que às vezes estão errados e seus adversários, certos; mas muitos deles que absorveram essa importante lição caíram no relativismo. Em nossa grande tarefa histórica de criar uma sociedade livre, pluralista - como a moldura social para uma auto-emancipação pelo conhecimento, nada nos é mais necessário do que nos educarmos para uma atitude que nos permita ver criticamente nossas próprias idéias, sem nos tornarmos relativistas ou céticos; e sem perdermos a coragem e a determinação para lutar por nossas convicções. (POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188-190).*

RESUMO

O reconhecimento de que a Constituição Brasileira de 1998 instituiu um novo paradigma, o do **Estado Democrático de Direito**, implicou em uma alteração ôntica dos princípios processuais e, como corolário, do **processo**, que deixou de ser visto como instrumento à disposição do Judiciário. Esse novo cenário exige, então, uma problematização das abordagens tradicionais do processo, impregnadas de uma significação terminológica e proposicional quase sempre inadequadas ao novo significado (constitucional) do processo. Nesse sentido, a presente tese se dedica a abordar a **natureza jurídica do processo**, operando, a princípio, uma revisitação conceitual dos termos **natureza**, **jurídica/direito** e **processo**, com vistas a demonstrar o anacronismo da sustentação desses conceitos, quando desalojados do referente constitucional. Nossa proposta é desconstruir a proposição (demonstrar sua falseabilidade) que afirma a necessidade de uma **natureza jurídica do processo**, mostrando que a busca pela **natureza do direito e do processo** pode ser superada, nas democracias, quando se toma o **POVO** como o seu fundamento.

Palavras-chave: Natureza. Direito. Processo. Fundamento. Povo.

ABSTRACT

The recognition that the Brazilian Constitution of 1998 established a new paradigm, that of the **Democratic State of Law**, led to a change of ontic procedural principles and as a corollary, in the case law, which is no longer seen as a tool available to the Judiciary. This new scenario requires, then, a problematization of the traditional approaches of the **process**, impregnated a terminological meaning and propositional almost always inappropriate to the new meaning (constitutional) of the process. In that sense, this thesis is dedicated to addressing the **legal nature of the process**, operating, the principle, a conceptual review the terms **nature**, **legal/law** and **process**, in order to demonstrate the anachronism of support these concepts, when concerning the constitutional homeless. Our proposal is a deconstruction of the proposition (demonstrate their falsifiability), which affirms the necessity of a **legal nature of the process**, showing that the search by the nature of the **law** and the **process** can be overcome, in democracies, when taking the PEOPLE as its foundation.

Keywords: Nature. Law. Process. Background. People.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 ANÁLISE DO TERMO <i>NATUREZA</i>	25
2.1 Colocação do problema	25
2.2 Natureza como <i>physis</i> da qual deriva o <i>nomos</i>	26
2.3 Natureza como essência.....	32
2.4 O que é <i>por natureza</i> em oposição ao que é <i>por convenção</i>	37
2.5 A primeira tentativa de dessacralizar a natureza – <i>de rerum natura</i>	39
2.6 Natureza (estado de natureza) como hipótese	41
2.6.1 As críticas de <i>Habermas</i> a <i>Rousseau</i> e a <i>Kant</i>	50
3 ANÁLISE DO TERMO <i>JURÍDICA</i>.....	55
3.1 Colocação do problema	55
3.2 Direito em três realidades – natureza como valor	56
3.3 Direito e natureza gregária	61
3.4 Direito, estado e poder	62
3.5 Direito, povo e soberania.....	65
3.6 Direito e natureza humana	68
3.7 Direito na <i>Teoria Pura</i>	71
3.7.1 A origem das categorias conceituais utilizadas por <i>Kelsen</i>	71
3.7.2 Direito como ciência autônoma.....	73
3.7.3 Direito como estado.....	76
3.7.4 Direito como imputação	79
3.7.5 Direito a partir da interpretação autêntica	81
3.7.7 Direito e psicanálise, a partir da idéia de autoridade	85
4 ANÁLISE DO TERMO <i>PROCESSO</i>	89
4.1 Colocação do problema	89
4.2 Processo como contrato e como quase-contrato	89
4.3 Processo como relação jurídica	93
4.3.1 Influência da teoria <i>bülowiana</i> – o problema da distinção entre processo e procedimento	95
4.4 Processo como situação jurídica	100

4.5 Processo como instituição.....	102
4.6 Processo como procedimento em contraditório	105
4.7 Teoria constitucionalista do processo	107
4.8. Teoria neo-institucionalista do processo.....	111
 5 DESCONSTRUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO.....	 115
5.1 Colocação do problema	115
5.2 Argumento filosófico, a partir do trilema de Münchhausen	117
5.3 Da hermenêutica como interpretação à hermenêutica processualizada: um caminho para a desconstrução	119
<i>5.3.1 A hermenêutica filosófica de Palmer, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer.....</i>	<i>120</i>
5.4 A crítica de Habermas à hermenêutica filosófica como contributo parcial para o anúncio de uma hermenêutica processualizada	125
5.5 A interlocução habermasiana com a teoria de Ronald Dworkin	126
<i>5.5.1 Segurança jurídica e legitimidade</i>	<i>127</i>
<i>5.5.2 A hermenêutica, o realismo e o positivismo jurídicos.....</i>	<i>128</i>
<i>5.5.3 As críticas de Ronald Dworkin ao realismo e ao positivismo</i>	<i>129</i>
<i>5.5.4 A crítica de Habermas a Dworkin.....</i>	<i>132</i>
 6 A NOVA PROPOSIÇÃO: O POVO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO.....	 137
6.1 Colocação do problema	137
6.2 A legitimidade do direito processualmente construído	140
6.3 Uma visão ajustada da eficiência.....	147
 7 CONCLUSÃO.....	 153
 REFERÊNCIAS.....	 159

1 INTRODUÇÃO

O conteúdo da presente introdução, para além de um simples apontamento da sequência na qual os temas aparecem tratados, ao longo dos capítulos, justifica-se a partir da lição de Aristóteles, na *Metafísica*, quando afirma ser necessário, no interesse da ciência ou ramo da ciência que nos preocupa, que comecemos pelo exame dos problemas a serem discutidos¹.

Nas proximidades do vigésimo aniversário da Constituição Brasileira de 1988, não é novidade a afirmação de que nela se operou a introjeção dos princípios processuais, de modo que o **contraditório**, a **ampla defesa** e a **isonomia** tornaram-se **princípios institutivos**, agora na qualidade de **normas**, despidos da velha roupagem que lhes atribuía, na cênica do Estado Social, a condição de **princípios meramente informativos do processo**.

O reconhecimento de que a Constituição Brasileira de 1998 instituiu um novo paradigma, o do Estado Democrático de **Direito**, implica nessa alteração ôntica dos princípios processuais e, como corolário, do **processo**, que deixa de ser visto como instrumento à disposição do Judiciário.

Esse cenário, que aponta para uma **pós-modernidade jurídica**², exige, então, uma

¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Leonel Valandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

² Não há consenso entre os autores sobre a denominação dada ao tempo contemporâneo. Há os que sustentam que vivemos a modernidade, em oposição à pré-modernidade, como Anthony Giddens, para quem “em condição de modernidade, os perigos que enfrentamos não derivam mais primariamente do mundo da natureza [...] Um mundo estruturado principalmente por riscos humanamente criados tem muito pouco lugar para influências divinas, ou de fato para as propiciações mágicas de forças ou espíritos cósmicos. É central para a modernidade que os riscos podem ser em princípio avaliados em termos de conhecimento generalizável sobre perigos potenciais [...]” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 111-112). Há os que falam em alta-modernidade, como faz Lúcio Antônio Chamon Junior, estabelecendo incursões teóricas no pensamento de autores do século XX, a saber, Kelsen, Luhmann e Habermas (Cf. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005; e CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006). Há, ainda, aqueles que sustentam a idéia de uma pós-modernidade, como aparece em Habermas que, entretanto, oscila no uso dos termos **modernidade** e **pos-modernidade**. Em *O Discurso Filosófico da Modernidade*, por exemplo, Habermas se reporta ao pensamento de Nietzsche como a entrada na pós-modernidade, afirmando que, a partir do pensamento desse filósofo: “a modernidade perde sua posição privilegiada; constitui apenas a última etapa de uma longínqua história da racionalização, iniciada com a dissolução da vida arcaica e a destruição do mito” (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 126). Em nosso trabalho, daremos preferência para a expressão **pós-modernidade**, reconhecendo, por um lado, as “pós-modernidades” e, por outro, a diferença com o pós-modernismo, a que se refere Steven Connor: “é necessário distinguir entre duas áreas da teoria pós-moderna. Há, de um lado, o compêndio de narrativas acerca da emergência do pós-modernismo na cultura mundial: os capítulos que parte dele vão tentar percorrer essas narrativas. Mas associado a esse aspecto do debate pós-moderno e de muitas maneiras servindo-lhe de suporte estrutural, há um relato diferente, da emergência de novas formas de arranjo social, político e econômico. Essas duas vertentes, a do surgimento do pós-modernismo a partir do modernismo e a do aparecimento da pós-modernidade, seguem caminhos adjacentes, que por vezes se cruzam, mas outras divergem entre si de maneira significativa” (CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna*: introdução às teorias do contemporâneo. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2000. p. 29).

revisitação e uma problematização das abordagens tradicionais do **processo**, impregnadas de uma significação terminológica e proposicional quase sempre inadequadas ao novo significado (constitucional) do **processo**, donde se explica o nosso interesse por investigar o tema da **natureza jurídica do processo**.

Ao iniciar o trabalho que nos propusemos, percebemos que tarefa não seria fácil, porque a lógica clássica nos obriga a constatar que a expressão **natureza jurídica do processo**, assim enunciada, não estabelece qualquer conexão visível entre um sujeito e um predicado, que nos autorizasse a dizer que há, aí, uma proposição. O que há são três **termos** que poderíamos, sob a influência de Aristóteles, denominar de **categorias**³, os quais, quando tomados isoladamente, não designam nem verdade, nem falsidade.

Logo, uma abordagem da **natureza jurídica do processo** exige, antes de tudo mais, uma compreensão de cada um dos termos que compõe aquela expressão. O problema, contudo, mostrou-se ainda maior porque esses não são termos cuja significação é unívoca, sendo, ao contrário, termos extremamente estudados e debatidos não só no âmbito do **Direito** mas, também, da Filosofia.

Decidimos dedicar, então, os três primeiros capítulos da presente tese ao estudo de cada um dos termos: **natureza, jurídica e processo**, procurando pontuar diversos dos significados existentes para esses termos, ao longo dos tempos.

Certos de que não esgostaríamos as enunciações possíveis, optamos, em cada capítulo, por uma abordagem do tema que se justificasse, no universo maior da tese que, entendemos, tem que prestar alguma contribuição à comunidade acadêmico-científica que se dedica ao estudo do **direito** e do **processo**.

Demarcamos, para tanto, nossa proposta teórica, a saber, mostrar que a busca pela **natureza**, enquanto fundamento externo para o **direito** e o **processo**, pode ser superada quando se toma o **povo** como fundamento interno do/ao **direito**. Assim, o **direito** será legítimo quando **processualmente** instituído, pelo **povo**.

No segundo capítulo, além de abordar as diversas significações do termo **natureza**, apresentaremos associações de cada uma das significações estudadas com **Escolas de Direito Natural** que as tenham utilizado, como núcleo de sua teorização na busca de um fundamento **externo** para o **direito**.

³ Aristóteles elencou as categorias em número de dez e assim as definiu: “Das coisas que se dizem sem qualquer conexão, cada uma significa ou a substância, ou a quantidade, ou a qualidade, ou a relação, ou o onde, ou o quando, ou o ser numa posição, ou ter, ou o fazer ou o padecer” (ARISTÓTELES. **Categorias**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Ed. Instituto Piaget Coleção Pensamento e Filosofia, 2001. 4, 1 b 25/27.

No terceiro capítulo, procuramos mostrar as conceituações do termo **direito**, considerando que o termo **jurídica** apresenta-se etimologicamente ligado àquele outro. Nesse capítulo, dividimos nossa abordagem em duas partes. Primeiro, reunindo o que entendem os autores das obras adotadas como referências para o estudante que ingressa no curso de **Direito**, no Brasil, por entendermos que obras de Introdução ao Estudo de **Direito** precisam, em geral, ser revisitadas e reconstruídas, para ofertar ao estudante uma noção de **direito** condizente com o paradigma constitucional adotado no Brasil. Em seguida, por uma exposição do **direito**, a partir do pensamento de Kelsen, por ser esse o jusfilósofo que imprimiu a maior ruptura com a idéia de um **direito natural** e porque esse autor enuncia uma compreensão de **direito** e de **Estado** que se tornam problemáticas, nas democracias.

No quarto capítulo, mostraremos as significações do termo **processo** a partir das teorias sobre a **natureza jurídica do processo**, pretendendo mostrar como as simples alterações na taxionomia do processo não favoreceram uma reflexão hábil a sustentar, teoricamente, o problema da legitimidade das decisões **jurídicas**, nas democracias.

No quinto capítulo, apontamos a existência de uma contradição entre a proposição (A), que afirma que **existe uma natureza jurídica do processo**, tradicionalmente tomada como verdadeira, e a proposição (O), que afirma que **não existe uma natureza jurídica do processo**. Essa última proposição passa a ser defendida por nós, por considerarmos a primeira falseável, sob a perspectiva da conformação teórico-constitucional do processo.

E, como é tanto melhor que uma desconstrução conduza, também, a uma construção, fazemos do sexto capítulo um apontamento de nossa proposição teórica a ser, também ela, testificada pela comunidade científica, a saber, a de que o povo é o fundamento interno do direito e do processo.

Pode parecer estranho, ante a frequência e a multiplicidade de estudos que afirmam uma **natureza jurídica do processo**, a proposta teórica de romper com essa proposição (demonstrar sua falseabilidade). Tal estranheza decorre, por um lado, da naturalidade com que a tradição jusfilosófica assume a entificação do termo **natureza** e, por outro, da dificuldade de romper com um termo instituído, em todos os tempos (a despeito das variantes conceituais), a partir da ideia de **essência**, o que caracteriza a incessante e persistente busca da razão ocidental pela **essência** das coisas.

Assumindo o peso de construir um discurso que destoa daquele tradicionalmente aceito e reconhecido como verdadeiro (a existência de uma **natureza jurídica do processo**), partimos da compreensão de que uma abordagem científica do **Direito** (e da Teoria do **Processo**) tem que ser tomada como um estudo reconstrutivo (que requer, por isso, uma desconstrução), e não

como uma análise continuada, empírico-histórico-descritiva, de termos e proposições tal como essencialmente considerados, não raras vezes sem a mínima percepção do anacronismo e incompatibilidade de determinadas significações, ante o referente lógico de significação **jurídica** vigente: a Constituição.

Uma proposta reconstrutiva exigiu, então, que nos valêssemos da Filosofia, porque que se ocupa de um **Todo**, não no sentido do somatório das partes, mas enquanto referência à superação da especificidade do conhecimento científico e da obscuridade do contexto de aparição do objeto de cada ciência⁴, entendendo que a Filosofia pode ofertar uma problematização argumentativa para a racionalidade e legitimidade do **Direito** e do **Processo**.

Tal afirmação, contudo, está a descartar todas as definições da Filosofia como fundamentação última e absoluta, pautada em critérios *apriorísticos*, bem como aquelas sustentadas em uma suposta independência do conhecimento filosófico das demais formas de conhecimento e, ainda, todas as concepções responsáveis pela afirmação da Filosofia como teoria meramente contemplativa.

Afastamo-nos, assim, de uma teoria do conhecimento nos moldes kantianos, criada sob as bases de fundamentações transcendentes, movida pela pretensão de se definir como um conhecimento das condições do conhecimento científico, em termos *apriorísticos*, estabelecendo uma relação de dominação das ciências (servas) em relação à Filosofia (Senhora da Razão), porque em uma teoria do conhecimento assim compreendida, “a filosofia se presume capaz de um conhecimento antes do conhecimento”⁵.

Não bastasse, ao pretender analisar os fundamentos do conhecimento, na Crítica da Razão Pura, separando o conhecimento teórico das faculdades da razão prática e do julgar, Immanuel Kant “atribuiu à Filosofia o papel de um juiz supremo perante a cultura como um todo”⁶, posição da qual, também, nos distanciamos.

Rompemos, também, sem adotar o pragmatismo desse autor, com aquilo de Richard Rorty, em obra que, não por acaso, se intitula *A Filosofia e o Espelho da Natureza*, denominou

⁴ No mesmo sentido, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 9.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I, p. 18.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I, p.18.

“os grandes filósofos sistemáticos”⁷, com seus discursos para eternidade, expulsando do discurso, as metáforas visuais e suas representações:

Temos de expulsar de uma vez as metáforas visuais, e em particular as especulares, para fora do nosso discurso. Para tal, temos de entender o discurso não apenas como não sendo a externalização de representações íntimas, mas como não sendo de todo uma representação. Temos de abandonar a noção de correspondência, tanto para as frases como para os pensamentos, e ver as frases como estando mais ligadas às outras frases do que ao mundo.⁸

Rechaçamos, ainda, a ideia da Filosofia como mera contemplação. Essa concepção de Filosofia que indica, do alto pedestal da Razão, o lugar de todo o conhecimento, apartando teoria e *praxis*, mostra-se inadequada para um mundo no qual o conhecimento é uma construção discursiva. Nas palavras de Jürgen Habermas:

No lugar do sujeito solitário, que se volta para objetos e que, na reflexão, se toma a si mesmo por objeto, entra não somente a ideia de um **conhecimento linguisticamente mediatizado** e relacionado com o agir, mas também o nexo da prática e da comunicação quotidianas [...].⁹

Considerando que Jürgen Habermas combate o *ethos* tradicional, no nível de fundamentação pós-metafísica do **direito**, a Teoria Discursiva de Habermas poderia ser, por um lado, a oferta de um ótimo ponto de partida para trabalhar a reconstrução do lugar do discurso jusfilosófico. Ocorre, todavia, que o conhecimento linguisticamente mediatizado tem, na teoria habermasiana, “**desde a origem**, um caráter intersubjetivo e, ao mesmo tempo, cooperativo”¹⁰. Essa cooperação, “desde a origem”, parte de uma cooperação (que permite falar em consenso) *apriorística* (**naturalizada**) que não se coaduna com o pluralismo das democracias discursivas, razão pela qual não fazemos da obra de Jürgen Habermas o marco

⁷ Os grandes filósofos sistemáticos se opõem, na obra de Rorty, aos filósofos edificantes: “os grandes filósofos sistemáticos são construtivos e oferecem argumentos. Os grandes filósofos edificantes são reativos e oferecem sátiras, paródias, aforismos. Eles sabem que o seu trabalho perde a sua razão de ser quando termina o período sobre contra o qual reagiam. Eles são intencionalmente periféricos. Os grandes filósofos sistemáticos, como os grandes cientistas, constróem para a eternidade”. Para Rorty, a mente é usualmente comparada a um espelho que reflete a realidade, sendo o conhecimento aquilo que se ocupa desse reflexo. Rorty descreve os efeitos de tal imagética sobre o pensamento analítico moderno e advoga a sua “desconstrução”, opondo a filosofia “edificante” de Dewey, Wittgenstein e Heidegger à filosofia “sistemática” de Locke, Descartes, Kant, Russell e Husserl, defendendo o abandono da procura de correspondências entre o pensamento (ou linguagem) e o mundo, bem como da ideia de uma filosofia centrada na teoria da representação (RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p. 286).

⁸ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p. 288.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 25, grifo nosso.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 25.

teórico do nosso trabalho.

Nossa proposta, ao contrário, é operar uma desconstrução da **natureza jurídica do processo** que se situa no âmbito de uma compreensão da democracia “radicalmente desamparada da *physis*, da *ágora*, da *lexis* e do *biospolitickos*”¹¹, como propõe, na escola mineira do **processo**, Rosemiro Pereira Leal.

Para tanto, pretendemos demonstrar a necessidade, na democracia discursiva, de uma hermenêutica falibilista, processualmente concebida, liberta de ideologias e do fechamento do (s) **direito** (s) em gerações e dimensões.

Nosso ponto de partida é, pois, o desmoronamento popperiano da sociedade fechada, só possível a partir da superação do isomorfismo entre **natureza** e convenção:

Os padrões não serão encontrados na **natureza**. A **natureza** consiste de factos e de regularidades, não sendo em si mesma nem moral nem imoral. Nós é que impomos nossos padrões à **natureza**, desse modo introduzindo a moral no mundo natural, a despeito do facto de sermos parte desse mundo. Somos produtos da **natureza**, mas esta nos produziu juntamente com a nossa capacidade de alterar o mundo, de prever e planejar o futuro, de tomar decisões de longo alcance pelas quais somos moralmente responsáveis.¹²

Rompendo com saberes **naturalmente** transmitidos, esperamos contribuir com a comunidade científico-acadêmica do **Direito**, a partir da problematização de muitos dos conceitos adotados sem qualquer reserva nos manuais que se recomendam para o estudante do bacharelado em **Direito** e do apontamento de argumentos que demonstrem a falseabilidade de uma proposição tradicionalmente tomada como verdadeira. Pretendemos, por fim, alterar o mundo jurídico com o anúncio da nossa proposição teórica: **Não existe uma natureza jurídica do processo!**

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, n. 1, 2006. p. 12. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2007.

¹² POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia/EDUSP, 1987. v. 1, p. 191.

2 ANÁLISE DO TERMO *NATUREZA*

2.1 Colocação do problema

O termo **natureza** aparece, frequentemente em dois sentidos, aliás, nem sempre independentes um do outro: o sentido de **natureza** principalmente como a chamada “**natureza** de um ser”, e o sentido de **natureza** como “a **Natureza**”. Além desses, ocorre o seu uso considerando-se “o que é *por natureza*” em contraposição ao “que é *por convenção*” e, outras vezes, **natureza** em contraste com **Arte**, com **Espírito** e com o **sobrenatural**.

O uso do termo no âmbito do **Direito**, normalmente ocorre em relação à Escola do **Direito Natural**¹³, cujo lema central é a afirmação de que o **direito** tem que ter um fundamento externo (frequentemente tido como superior) a si mesmo.

Como ensina Giorgio Del Vecchio, em sua obra¹⁴ que se tornou um verdadeiro clássico, no pensamento tradicional acerca dos princípios: “A **Escola de Direito Natural** entendeu e entende, essencialmente, sustentar a não-arbitrariedade do **direito**, ou seja, a existência de uma relação necessária entre a **substância instrínseca das coisas** e as respectivas regras de **direito**”¹⁵.

Para compreender, contudo, o que/qual vem a ser esse fundamento externo, é preciso, primeiro, começar com o significado do termo **natureza**, na expressão “**direito natural**”. Poder-se-ia dizer: o **direito** natural é aquele que se fundamenta na **natureza**, mas, ante a pluralidade de significações para o termo **natureza**, restaria imprescindível demarcar o que está sendo entendido por **natureza**, no contexto das diversas teorias que pretendem apresentar uma fundamentação externa para o **direito**.

Para resumir a complexidade da questão, Norberto Bobbio, que, quando se referiu à questão “o que é a **natureza**?” afirmou ser “um conceito, entre muitos de caráter genérico, que recebemos dos gregos e, dois mil anos a fio, não cessa de atormentar os filósofos”¹⁶. Reconhecendo essa herança grega, muitas vezes carecedora de problematização, pretendemos, em nosso trabalho, abordar algumas das significações do termo **natureza** advindas do pensamento grego-antigo por reconhecer que ali residem os conceitos que são resgatados

¹³ Não há consenso em relação ao uso da expressão **Escola do Direito Natural**, dadas as diversas concepções de Direito Natural existentes ao longo dos séculos.

¹⁴ Os princípios não eram considerados, no pensamento tradicional, como normas **jurídicas**, mas como entes supra-normativos, responsáveis pela fundamentação das regras de direito.

¹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 57, grifo nosso.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 27.

depois, em todos os tempos, nas mais diversas formulações do **direito natural**. Nas palavras de José Marcos Rodrigues Vieira, referindo-se às filosofias de Platão e Aristóteles:

Examinar essas duas filosofias, confrontá-las, conhecendo-lhes as origens e as consequências, **será nada mais nada menos do que fazer uma exposição de todas as correntes, todos os sistemas e sub-sistemas filosóficos**. Extremos de tal bifurcação, colocar-se-á a Escolástica, ao lado de Platão, na metafísica religiosa: e o Positivismo, ao lado de Aristóteles, na metafísica empírica.¹⁷

Norberto Bobbio afirma, ainda, que para classificar uma doutrina como jusnaturalista são necessários dois requisitos, a saber, a admissão do **direito natural** como **direito** e a afirmação do **direito natural** em posição superior à do **direito** positivo

Pretendemos, então, ao longo do nosso trabalho, testificar os dois requisitos acima, procurando demonstrar que o **direito natural não é direito** e que **não há um direito natural em posição superior à do direito positivo**.

2.2 Natureza como *physis* da qual deriva o *nomos*

Dois termos funcionam como distintivos do pensamento grego antigo: *nomos* e *physis*. O termo *physis* é traduzido por **natureza** enquanto *nomos* designava, na Antiguidade Clássica, **a lei da cidade**.

Esses termos, contudo, não eram vistos, em geral, como antitéticos. Isso porque, vigorou, na Antiguidade Clássica e na Idade Média, como herança da concepção primitiva de mundo, a indistinção entre a ordem natural e a ordem normativa. Como lembra Marcelo Campos Galuppo:

As civilizações primitivas, bem como os povos da Antiguidade e da Idade Média, não concebiam uma separação entre as leis naturais, regidas pelo princípio da causalidade e as normas (**jurídicas**, morais, religiosas) regidas pelo que posteriormente Kelsen chamou de princípio da imputação.¹⁸

Assim, aquilo que os gregos denominavam *physis* abarcava, ao mesmo tempo, o *nomos*, porque a ordem **normativa** da cidade era uma continuidade da ordem **natural**, havendo, pois, um amálgama entre elas. Uma tal significação do *nomos* em relação à *physis* orientou e ainda

¹⁷ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A Ética dos gregos e a estrutura dialético do conceito de direito. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, 2003, p. 3, grifo nosso. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/%C9TICA%20DOS%20GREGOS.doc>. Acesso em: 26 jul. 2004.

¹⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31.

orienta, ao longo dos tempos, perguntas diversas, tais como: os Estados surgiram por **naturalmente** (seja por ordenação divina, seja por agregação natural) ou são fruto do **nomos**?; as divisões, dentro do gênero humano são **naturais** ou uma questão de **nomos**?; o domínio de um homem sobre outro (escravidão) ou de um Estado sobre o outro (império) é **natural** (**causalidade inevitável**) ou **convencional**?

Um exemplo clássico da implicação da **ordem natural** sobre a **ordem normativa**, entre os gregos, está na conhecida tragédia de Sófocles: as causas dos eventos naturais (tempestades, peste, fome) narrados no início da obra, são uma consequência do ato (ação humana), incesto, praticado por Édipo.

Isso é o que Michel Foucault denominou de “**a prosa do mundo**”, vigente até o final do século XVI:

O mundo enrolava-se sobre si mesmo: a terra repetindo o céu, os rostos mirando as estrelas e a erva envolvendo nas suas hastes os segredos que serviam ao homem. A pintura imitava o espaço. E a representação – fosse ela festa ou saber – se dava como repetição: teatro da vida ou espelho do mundo, tal como era o título de toda linguagem, sua maneira de anunciar-se e de formular seu **direito** de falar.¹⁹

Também na obra de Platão, encontram-se claras demonstrações de que o homem devia estabelecer uma atividade mimética (*mimesis*) para elaboração de seu modo de vida, ou seja, devia espelhar a construção do ordenamento normativo que regeria a sociedade na ação criadora do **Demiurgo**, na medida em que esta ação seria o exemplo da maior perfeição da síntese da multiplicidade²⁰ na unidade, ou seja, da **ordem**.

Na obra *Político*, por exemplo, Platão narra um mito que relata a criação do mundo. Sob o título de *Os filhos da Terra*, a primeira parte do mito relata o nascimento dos homens da própria Terra, em um tempo intitulado de **Idade de Ouro**, regido sob o império de Crono, no qual “segundo a **natureza** de então”, os homens não contemplavam o envelhecimento, havendo, ao contrário, uma progressão à juventude.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 33.

²⁰ A unidade e a multiplicidade são derivadas, segundo Platão, de dois princípios metafísicos: o *Uno supremo*, que é o Princípio da determinação formal e a *Díade ou Dualidade indeterminada (indefinida ou infinita)*, que é Princípio de variabilidade indefinida. O *Uno*, segundo Platão, determina a *Díade*, seu oposto, mas não se tem que recorrer a nenhuma instância superior para se fundar o *Uno*, pois ele mesmo inicia o movimento de limitação do ilimitado. O *ser* é o que deriva da ação do *Uno* sobre a *Díade*. Esta ação é uma espécie de delimitação, determinação, definição do ilimitado, indeterminado, indefinido. É, portanto, uma espécie de síntese que se manifesta como unidade-na-multiplicidade ou, em outros termos, o produto de dois princípios originários, um misto de unidade e de multiplicidade, determinante e indeterminado, limitante e limitado. Sobre o assunto vide: PIMENTA, Luciana Pereira. Universalidade nomotética no diálogo “Político” de Platão à luz das doutrinas não escritas. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v. 26, n. 84, p. 31-64, 1999.

Os cabelos brancos dos velhos tornaram-se pretos. Naqueles em que a barba já era crescida as faces se alisaram e cada um retornou à flor da mocidade. Os corpos dos imberbes tornando-se ainda mais tenros e menores, dia por dia, noite por noite, voltavam a final ao estado de crianças recém-nascidas, a elas semelhantes em corpo e alma, e prosseguindo, após seu declínio, acabavam por desaparecer completamente. Os cadáveres dos que naquele tempo haviam padecido morte violenta sofreram as mesmas transformações, e com tal rapidez que em poucos dias deles nada restava. [...] **segundo a natureza de então**, não podiam procriarem-se uns aos outros; e foi, nesse tempo, que aconteceu a história de que se fala, de uma raça outrora nascida da própria terra. [...] A meu ver, impõe-se pensar assim: desde que os anciãos voltavam a ser crianças, os mortos sepultados na terra conseqüentemente deveriam reconstituir-se e voltar à vida, levados por este movimento de volta que fazia com que as gerações caminhassem em sentido oposto.²¹

Esse estado primitivo está elevado, no *Político*, à condição de estado mais perfeito, em razão do **pastoreio de Deus** em relação aos homens:

Era o próprio Deus que **pastoreava os homens** e os dirigia tal como hoje, os homens (a raça mais divina) pastoreiam as outras raças animais que lhes são inferiores. Sob seu governo não havia Estado, constituição, nem a posse de mulheres e crianças, pois era do seio da terra que todos nasciam, sem nenhuma lembrança de suas existências anteriores.²²

A segunda parte do mito introduz a metáfora do “**piloto do Universo**”, contemplando, por um lado, a idéia de um **destino natural** para o mundo e, por outro, a figura de um deus, criador, que retoma o leme (ordem) para que o mundo não se perca no caos, tornando-o imortal e imperecível.

Quando se completou o tempo determinado a todas as coisas, e chegada a hora em que deveria produzir-se a mudança, esta raça nascida da terra desapareceu por completo, havendo cada alma completado o seu ciclo de nascimentos e voltado à terra tantas vezes como sementes quantas determinara a sua própria lei. Então, **o piloto do Universo**, abandonando, por assim dizer, o leme, voltou a encerrar-se em seu posto de observação; e o mundo **levado pela sua tendência e pelo seu destino natural**, moveu-se em sentido contrário. Todos os deuses locais que assistiam a divindade suprema em seu governo, compreendendo prontamente o que se passava, abandonaram, também eles, as partes do mundo confiadas aos seus cuidados. E, o mundo, subitamente mudando o sentido de seu movimento, de começo a fim, provocou, no seu próprio seio, um terremoto violento em que pereceram os animais de toda espécie. Depois, ao fim de um tempo suficiente, terminados os distúrbios e o terremoto, prosseguiu num movimento ordenado o seu curso habitual e próprio, zelando e governando, como senhor, tudo o que havia em seu seio, bem como a si próprio e **relembrando, tanto quanto lhe fora possível, as instruções de seu criador e pai, de início, com mais exatidão**, mas ao fim, com crescente enfraquecimento. Esta falta se deveu aos princípios corporais que entraram na sua constituição, aos caracteres herdados de sua **natureza primitiva**, que comportava uma grande parte de desordem antes de alcançar a ordem cósmica atual. **De seu construtor é que recebeu tudo o que tem de belo e de sua constituição anterior**

²¹ PLATÃO. *Político*. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 270 e, grifo nosso.

²² PLATÃO. *Político*. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 272 a, grifo nosso.

decorrem todos os males e todas as iniquidades que se cometem no céu, e que daí passaram ao mundo, transmitindo-se aos animais. Enquanto desfrutava da assistência de seu **piloto que alimentava os seus**, que viviam em seu seio, salvo raros fracassos, só produzira grandes bens; mas uma vez dele desligado, quando o mundo foi abandonado a si mesmo, nos primeiros tempos que se seguiram ainda procurou levar todas as coisas para o melhor; entretanto, com o avançar do tempo e do esquecimento, tornando-se mais poderosos os restos de sua turbulência primitiva que finalmente alcançou seu apogeu, raros são os bens e numerosos são os males que a ele se incorporam, arriscando-se à sua própria destruição e à de tudo o que ele encerra. Por esse motivo, **Deus que o organizou**, compreendendo o perigo em que o mundo se encontra, e temendo que tudo se dissolva na tempestade e desapareça no caos infinito da dessemelhança, **toma de novo leme e recompondo as partes que, neste ciclo, percorrido sem guia, tombaram em dissolução e desordem, ele o ordena e restaura de maneira a torná-lo imortal e imperecível.**²³

Do mito acima narrado é possível extrair, como conclui Giovanni Reale²⁴, as seguintes conclusões da obra platônica:

- a) O cosmo é um ser vivo e tem inteligência que lhe deriva “*de quem o compôs desde as origens*”;
- b) O cosmo recebeu “*muitas e insignes coisas de quem o gerou*”; antes, recebeu de quem o gerou “*todas as coisas belas*” que possui;
- c) O cosmo tem “*uma imortalidade que lhe foi dada pelo Demiurgo*”;
- d) O Demiurgo é “*o governador do universo*”, enquanto é “*quem o ordenou*”;
- e) O Demiurgo é chamado de “*Pai*” do mundo.

Em seguida, confirmando a *mimesis* em relação à ação do Demiurgo, a ser adotada pelos homens, Platão afirma:

Sabemos que o Bem é a ‘causa de todas as coisas retas e belas’; sabemos que o verdadeiro político, **tendo visto e contemplado o Bem em si**, deve dele servir-se como ‘**modelo**’ com o fim de dar ‘ordem ao Estado’, bem como para realizar a ordem em si mesmo como cidadão privado.²⁵

Esse era o propósito inicial da obra de Platão, responsável pelo título do diálogo: mostrar como deveria ser a atuação do verdadeiro *Político*, o qual deveria agir sob a inspiração do modelo do Bem, operado pelo Demiurgo. Retomando a metáfora do **piloto**, ele afirma:

²³ PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 273 a-e, grifo nosso.

²⁴ REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994. v. II, p. 401.

²⁵ PLATÃO. República. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. v. VII, p. 517c e 540 a-b.

[...] não é nisso que reside a verdadeira fórmula de uma administração correta da cidade, segundo a qual o homem sábio e bom administrará os interesses de seu povo? **Da mesma forma como o piloto**, longe de escrever um código, mas tendo sempre sua atenção voltada para o bem do navio e seus marinheiros, estabelece a sua ciência como lei e navega, assim, também, de igual modo, os chefes capazes de praticar esse método realizarão a constituição verdadeira, fazendo de sua arte uma força mais poderosa do que as leis [...].²⁶

Considerando a significação do **nomos** como “alguma coisa que *nomizetai*”²⁷, ou seja, em que se crê, se pratica ou se sustenta ser certo, essa passagem do **Político** é ilustrativa da pressuposição, pelo **nomos**, de um sujeito agente²⁸, onde **nomos** aparece como uso ou costume baseado em crenças tradicionais ou convencionais, quanto ao que é certo e verdadeiro ou como leis formalmente esboçadas para codificar um “uso correto”²⁹.

De fato, ao longo da obra, Platão admite a necessidade da elaboração de leis³⁰ em razão da inexistência, entre os humanos, **do verdadeiro político**. “Pois só merecem, realmente o título de rei os que possuem a ciência real”³¹: um político-governante que fosse dotado do saber próprio do mando que lhe é atribuído, de alma e virtudes nobres que justificassem sua condição de político a quem, segundo Platão, o **povo** obedeceria sem hesitar, porque sua forma de tratar os homens e o mundo visaria à Justiça. Assim, Platão introduz a afirmação acerca da necessidade de se formular leis procurando seguir o **modelo** (ideal) da verdadeira Constituição:

Entretanto, já que na realidade as cidades não se assemelham a uma colmeia, produzindo reis reconhecidos como únicos por sua superioridade de corpo e alma, é necessário, ao que parece, que os homens **se reúnam e façam as leis procurando seguir os traços da verdadeira constituição**.³²

A obra de Platão sugere, pois, as seguintes conclusões:

²⁶ PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 296e-297a.

²⁷ GUTHRIE, William Keith Chambers. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995. p. 57.

²⁸ Embora em certo sentido, na acepção originária, esse sujeito agente tenha sido visto como o sujeito de cuja mente emana o *nomos*, afastada essa versão monológica, e realizada a inserção dessa concepção em um continente discursivo (de modo a se falar na pressuposição de sujeitos (no plural)), essa compreensão se apresenta extremamente fértil para a Teoria da Legitimidade do Direito, nas Democracias.

²⁹ GUTHRIE, William Keith Chambers. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995. p. 58.

³⁰ É importante lembrar que *político* é a obra platônica que medeia a *República* e as *Leis*. Depois de escrever a *República*, Platão passa pela experiência política de Saracusa, o que lhe dá uma nova visão da política real.

³¹ PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 293 a.

³² PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 301e, grifo nosso.

- 1) a lei humana deverá se conformar à ordem do cosmo divino ou ordem divina transcendente;
- 2) deve haver correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade, sob a soberania de uma mesma lei universal.

Verifica-se, então, que o termo **natureza**, entre os antigos, foi concebido, em um forte sentido cosmológico, já que o **nomos** (lei da cidade) era considerado uma extensão da **physis** (**natureza**), razão pela qual se fala, quanto à fundamentação do **direito**, na antiguidade, em uma universalidade nomotética. **Nomotética** é o termo que designava a arte de legislar. *Nomothétes* (*νομοθετης*) era o legislador e, por analogia, o termo **nomotética** era aplicado referindo-se a uma ordem objetiva concebida naturalmente como lei e apreendida pela razão. O termo **universalidade** se refere à elevação do **ser natural** à sua condição de cidadão, ser universal (só era homem aquele que atuava na polis, ou seja, o cidadão), de modo que essa elevação se dava pela universalização do ser natural mediante a razão presente na sociedade política, expressa no **nomos**.

A universalidade nomotética era aquela que fundamentava a inscrição do **nomos** (lei) na cidade, na busca de sua organização, como resultante de uma apreensão racional da ordem cósmica da **natureza**³³. Essa apreensão ocorria, no mundo clássico, por uma espécie de *mimesis* da **natureza**, ou seja, uma tentativa de imitação da ordem natural, própria da racionalidade grega.

Uma fundamentação do **Direito** nos termos de uma universalidade nomotética foi, na tradição clássica, uma tentativa de resposta aos questionamentos que envolviam a realidade, especialmente aos que diziam respeito à forma de vida da cidade. Uma preocupação com normas que tivessem validade universal e que traduzissem uma **medida justa**.

No pensamento de Platão, como se viu, o conceito de *Justa Medida* é a manifestação axiológica da ordem exercida pela unidade sobre a multiplicidade, apresentando vários desdobramentos aplicados ao campo da política. No mesmo sentido, a criação do mundo físico, pelo Demiurgo, é paradigma para a conformação da lei humana à ordem do cosmo divino e a correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade sob a soberania de uma mesma lei universal.

³³ Henrique Cláudio de Lima Vaz conceitua a universalidade nomotética como sendo “aquela que tem como fundamento uma ordem do mundo que se supõe manifesta e na qual o *nomos* ou a lei da cidade é o modo de vida do homem que reflete a ordem cósmica contemplada pela razão” (VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II: ética e cultura**. São Paulo: Loyola, 1988. p. 146).

Para Platão, o homem, se quisesse agir bem, deveria imitar a ação divina na criação das coisas, o que destoa, por exemplo da proposta de Protagoras de Abdera, para quem “o homem era medida de todas as coisas”³⁴.

Essa ação teria sido a responsável pela ordenação da **natureza**, ao passo que a ação do homem, sob o modelo da ação divina, deveria ordenar toda a diversidade de relações sociais.

Essa idéia, qual seja, a de correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade, sob a soberania de uma mesma lei universal, foi o que inspirou, portanto, as primeiras tentativas de definição de uma esfera do **direito natural**, na qual o **direito** estava subordinado a uma ordenação superior.

Nesse modelo, a ordem universal transmuta-se em ordem **jurídica** propriamente dita quando se manifesta como **nomos**, ou seja, a lei da cidade. Daí se poder concluir que as primeiras preocupações com um **direito natural**, enquanto fundamento do **direito** da cidade, são uma herança grega³⁵, de ordem metafísica, tendo sido definidora da *praxis* humana do período clássico, voltada para a concretização de uma vida virtuosa na cidade, alvo, hoje, de inúmeras problematizações e críticas.

2.3 Natureza como essência

Aristóteles³⁶ entendia haver vários sentidos de **natureza**: a *geração* do que cresce; o elemento primeiro de onde emerge o que cresce; o princípio do primeiro movimento imanente

³⁴ Esse fragmento aparece em diversas citações de Platão e Aristóteles, como, por exemplo, no *Crátilo* (385 e A13), de Platão: “Como Protágoras decia afirmando que de todas las cosas medida es el hombre, es decir, que las cosas son para mí tales cuales me aparecen, y para ti, tales cuales te aparecen” e na *Metafísica* (1062b 13 A 19), de Aristóteles: “Protágoras decia que de todas las cosas medida es el hombre, no diciendo sino que lo que opina cada uno, esto es con seguridad” (PROTAGORAS DE ABDERA. **Dissoi logoi**. Madrid: Ediciones Akal, 1996. p. 96-97).

³⁵ “A ordem universal torna-se termo de uma relação propriamente jurídica quando se manifesta como lei (*nomos*). É, pois, na aurora do pensamento grego que tem lugar essa iniciativa de imenso alcance para a história das sociedades ocidentais que é a atribuição à ordem divina do mundo, transcrita no registro racional da idéia de natureza (*physis*) do caráter formal de lei normativa das ações humanas” (VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II: ética e cultura**. São Paulo: Loyola, 1988. p. 149).

³⁶ Aristóteles foi viver em Atenas, atraído pelo ensino de Platão, onde viveu até a sua morte. Mudou-se em seguida para asso, na corte do tirano Hérmiás, com cuja sobrinha casou-se, dirigindo-se depois para Mitilene e finalmente para Pela, onde, chamado pelo rei Filipe II, foi preceptor do jovem Alexandre. Após a morte de Filipe II, retornou para Atenas, quando fundou sua própria escola, nas proximidades do bosque chamado Apolo Licaeos, donde deriva o nome Liceu, dado à sua escola, também conhecida como Peripatética, devido ao pátio interno coberto (peripatos) onde ensinava (Verbete: Aristóteles. In: MOSSÉ, Claude. **Dicionário da civilização grega**. Tradução de Carlos Ramallete e André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 43). A importância de mencionar a sua posição quanto ao conceito de natureza, nesse trabalho, decorre do fato de, apesar de ser conhecido como discípulo de Platão, ter uma posição filosófica autêntica, extremante resgatada por juristas e filósofos de todos os tempos.

em cada um dos seres **naturais** em virtude de sua própria índole; o elemento primário do que é feito um objeto ou do qual provém a realidade primária das coisas³⁷.

Segundo essas definições, pode-se dar o nome de **natureza** a muitas coisas ou a muitos **processos**³⁸: a um princípio de ser; a um princípio de movimento; a um elemento componente; ao elemento do qual estão feitos todos os corpos.

Mas, segundo Aristóteles, todas essas definições têm algo em comum: a **natureza** é a **essência** dos seres que possuem em si mesmos e enquanto tais o princípio de seu **movimento**³⁹, como conclui, também, Benedicto de Siqueira Ferreira, ao se dedicar a investigar a **natureza jurídica** também buscou em Aristóteles o sentido do termo **natureza**:

Se, na moderna linguagem filosófica o vocábulo **natureza** se emprega muitas vezes na acepção de essência ou seja para significar ‘aquilo pelo que um ser é o que é’, entre os escolásticos e mesmo no seio da escola cartesiana, **natureza significa o princípio da atividade de um ente**, *principium remotum quo agit ens*, consideradas suas faculdades como *principia proxima quibus agit ens*.⁴⁰

Por isso pode-se chamar de **natureza** a matéria, mas só enquanto é capaz de receber o citado princípio de seu próprio movimento; ou também a mudança e o crescimento, mas só enquanto movimentos procedentes de tal princípio. A **natureza** de um ser é, assim, um princípio e uma causa de movimento e de repouso para a coisa. “Todas estas cosas parecen diferenciarse de las que no están constituidas por naturaleza, porque cada una de ellas tiene en sí misma un principio de movimiento y de reposo”⁴¹.

De tudo isso se deduz que a **natureza** de uma coisa — e mesmo, poderia dizer-se, a **natureza** de todas as coisas enquanto **coisas naturais** — é o que faz com que a coisa ou as coisas

³⁷ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Valandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969. Δ 4, 1014 b 16-1015 a 12.

³⁸ Por isso em Santo Tomás de Aquino, sob influência de Aristóteles (a primeira frase do *O ente e a essência* diz “Cumpre saber que, assim como diz o Filósofo no quinto livro da *Metafísica* (V, 7, 1017a, 22) [...] o termo ‘natureza’, que aparece, como ‘*natura*’, tem significações muito diversas: 1. geração de um ser vivo; 2. princípio intrínseco [imane] de um movimento; 3. essência de uma coisa; 4. Natureza como cosmo ou universo. E, segundo Santo Tomás, também se chama **natureza** qualquer coisa do mundo, seja substância, seja acidente; a substância dita em certo modo; o conjunto das coisas reais enquanto obedecem a uma certa ordem. Assim, o termo *natura* pode aplicar-se a toda classe de entes: criados, incriados, finitos e infinitos” (AQUINO, Tomás de, Santo. **O ente e a essência**. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 15).

³⁹ Cf. ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Valandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969. Δ 4, 1015 a 13.

⁴⁰ FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação**: exposição crítica. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940. p. 12, grifo nosso.

⁴¹ ARISTÓTELES. **Física**. Traducción y notas Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995. p. 45.

possuam um ser ou movimento que lhes é próprio. Por isso, o que existe **por natureza** contrapõe-se ao que existe por outras causas⁴².

Uma coisa que não possua o princípio do movimento, que a faça desenvolver-se e agir de acordo com o que é, não tem essa **substância** que se chama **natureza**. **Natureza** é, pois, simultaneamente, **substância** e **causa**⁴³.

Essas definições são extraíveis da formulação que Aristóteles faz, na *Metafísica*⁴⁴, da teoria das quatro **causas** do **ser**, a saber, causa **formal**, causa **material**, causa **eficiente** (ou motora) e causa **final**.

A causa formal é a **forma** ou **essência**⁴⁵ das coisas, como a alma, para os animais. A causa **material** ou **matéria** é aquilo do que é feita uma coisa, como a carne e os ossos, para os animais. A causa **eficiente** ou **motora** é aquilo de que provém a mudança e o movimento do ser, como os pais são a causa eficiente dos filhos e a causa **final** é constitui o **fim** ou o escopo do ser, aquilo em vista do que cada coisa é o que, nas palavras de Aristóteles, é denominado o **bem** de cada coisa.

Sob a inspiração dessa teoria, Benedicto de Siqueira Ferreira pretendeu examinar as quatro causas da **ação**. Na obra desse autor, escrita na década de 40, fica clara a visão tradicional que aloja, no “Poder Judiciário” a responsabilidade pela jurisdição:

É este o fim da ação e nem outro poderia ser pois suas causas eficientes, pondo em movimento a causa instrumental – o Poder Judiciário – outra coisa não podem querer senão que esta exerça a sua função – jurisdição – que consiste na aplicação da lei ao fato [...] Para nós, dado que se acaba de verificar, parece-nos preferível, vendo sempre a ação como um meio, um remédio de **direito** conceituá-la como tendente a pedir ao juiz a atuação da lei, ou seja, sua aplicação ao fato.⁴⁶

Benedicto de Siqueira Ferreira deixara claro, na introdução de sua obra, que iria estudar a **natureza jurídica** da ação “*acompanhando a praxe, o costume*”, no que diz respeito à

⁴² ARISTÓTELES. **Física**. Traducción y notas Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995. II, 192 b 18.

⁴³ Teoria das Quatro Causas do Ser, em Aristóteles, segundo a qual os seres têm causa formal (também denominada essencial), material, eficiente (também denominada motora) e final.

⁴⁴ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Valandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969. A 4-5 e 6-8.

⁴⁵ Para os gregos, a **forma** nem sempre esteve associada à **essência**. Os termos *ἰδέα* e *εἶδος* derivam ambos de *ἰδεῖν*, que significa “ver”. Na língua grega anterior a Platão esses vocábulos eram utilizados, sobretudo, para expressar a forma visível das coisas, a forma exterior e a forma que se capta com o olhar, portanto, o que é visto. Posteriormente, “*idea*” e “*eidos*” passaram a indicar, por transferência, a forma interior, ou seja, a natureza específica da coisa, a essência da coisa. Esse último é o uso que Platão e Aristóteles fazem da palavra, que falam de “*idea*” e “*eidos*” para dizer da forma interior das coisas, a estrutura *Metafísica* ou essência das coisas cuja natureza não é sensível, mas inteligível.

⁴⁶ FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação**: exposição crítica. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940. p. 83.

significação da **natureza**⁴⁷, que é exatamente o oposto do nosso propósito, qual seja, o de, rompendo com a tradição, abandonar o uso do termo **natureza**, no âmbito do **processo**, para evitar a utilização de um acervo conceitual que não se presta à teoria democrática do **processo**.

Fazendo valer a teoria das quatro causas Aristóteles, ao descrever a formação da cidade, na *Política*, define-a como um **processo** de crescimento **necessário (causalidade natural)** da comunidade, no sentido da satisfação de suas **necessidades** mais complexas. Nesse quadro, as pessoas são definidas pelo seu pertencimento **natural** a *polis*, de modo que não há autossuficiência do indivíduo (cujo termo, aliás, é tipicamente moderno), que depende, **naturalmente**, da vida na *polis* para a sua realização (sua **causa final**):

As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma **necessidade** natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para a perpetuação da espécie (a família). [...] A primeira comunidade de várias famílias para a satisfação de algo mais que a simples necessidade diária constitui um povoado. [...] A comunidade constituída a partir de vários povoados é a **cidade** definitiva, após atingir o ponto de uma autossuficiência praticamente completa; assim, ao mesmo tempo, que já tem condições para assegurar a vida dos seus membros, ela passa a existir para lhes proporcionar uma vida melhor. Toda cidade, portanto, **existe naturalmente**, da mesma forma que as primeiras comunidades; aquela é o estágio final destas, pois a **natureza** de uma coisa é o seu estágio final [...].⁴⁸

Nessa mesma obra, o estagirita define a constituição como ordenamento da cidade (**existência natural**), a partir do **poder soberano** que um governo tem sobre ela (cidade):

Uma constituição é o ordenamento de uma cidade quanto às suas diversas funções de governo, principalmente a mais importante de todos. O governo em toda parte detém o poder soberano sobre a cidade e a constituição é o governo. Quero dizer que em cidades democráticas, por exemplo, o povo é soberano, mas nas oligarquias, ao contrário, uns poucos o são, e dizemos que elas têm uma constituição diferente. Usaremos a mesma linguagem a propósito de outras formas de governo.⁴⁹

E, como é peculiar ao pensamento antigo e medieval, Aristóteles divide as formas de governo em três, quais sejam, monarquia, aristocracia e governo constitucional, bem como suas formas viciadas, a tirania, a oligarquia e a democracia, respectivamente, cada uma correspondendo a um sistema baseado na qualificação e nos meios para o seu funcionamento⁵⁰.

⁴⁷ FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação**: exposição crítica. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940. p. 15.

⁴⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997. p. 14-15 (1252b), grifo nosso.

⁴⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997. p. 89 (1278b), grifo nosso.

⁵⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997. p. 123 (1289b).

Na Idade Média, a ideia de **causa final (natureza teleológica)** da cidade não restou alterada, sendo nítida a presença aristotélica nos escritos de ordem política. Para exemplificar, Marsílio de Pádua (1275-1343), que foi o precursor imediato de Maquiavel, citado por Lutero e Calvino para provar a superioridade (**natural**) do Estado sobre o papado, define a existência da sociedade civil como **necessária**, sob pena de inviabilidade da vida:

A cidade está organizada em função do viver bem conforme a sua **finalidade**. [...] sobre o viver e o viver bem com dignidade, conforme o primeiro aspecto, isto é, neste mundo, e aquilo que lhe é imprescindível, os filósofos mais ilustres recorreram ampla e claramente a esse respeito. Concluíram, por via de consequência, que a comunidade civil deve **necessariamente** existir, caso contrário, não seria possível obter a vida suficiente. [...] esta associação a tal ponto perfeito, e possuindo por si mesma seu interior a sua suficiência, denomina-se **cidade** [...].⁵¹

Também Marsílio de Pádua opera a divisão dos governos em dois tipos, a saber, o “temperado” e o “corrompido”, cada um desses tipos subdivididos em três espécies, a saber, a monarquia real, a aristocracia e a república e, respectivamente, em sua forma corrompida, a monarquia tirânica, a oligarquia e a democracia⁵².

A redescoberta da razão, após o período medieval das trevas, passa a dirigir o método científico de compreensão da realidade, compreensão esta implicada na destruição e construção do real. Destruição de tudo aquilo que, estando na tradição (**natureza histórica**), não passasse pelo crivo da racionalidade e construção de bases pretensamente sólidas em sua objetividade racional.

Uma dentre as destruições operadas pela modernidade é justamente a que fez Maquiavel, no tocante à classificação greco-medieval das **formas de governo**, como bem esclarece Newton Bignotto:

É preciso notar que, antes de mais nada, Maquiavel desfecha um ataque terrível à **tradição**, contetando-se com uma classificação extremamente simplificada das formas políticas. Desde os antigos, e ao longo de toda a Idade Média, estabelecer as diferenças entre a aristocracia, a tirania, a oligarquia, a monarquia e a anarquia sempre tinha sido uma das tarefas fundamentais do pensamento político. Maquiavel despreza a tradição, deixando de lado não só a multiplicidade das formas, mas também as considerações sobre a **natureza do Estado**. Ele começa pela análise dos diversos tipos de principado, separando os hereditários dos novos. Se os primeiros se mantêm através da continuidade propiciada pelos costumes, os segundos oferecem o verdadeiro desafio para o estudioso da política.⁵³

⁵¹ PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 82-85, grifo nosso.

⁵² PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 104-105.

⁵³ BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 122, grifo nosso.

Nesse sentido, Maquiavel destrói a **tradição (natureza histórica)** política, **criando** uma nova teoria na qual o que interessa é “demarcar no campo das ações humanas o lugar da conquista, tido como o que melhor expõe o eterno movimento que constitui a política”⁵⁴. Por isso Marshall Berman define a modernidade como esse misto de criação e destruição: “Ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos”⁵⁵. É essa a seara na qual se cultivou o constitucionalismo moderno, do qual falaremos mais adiante.

Ao lado das destruições e construções teóricas, as revoluções inglesas de fins do século XVII e as norte-americanas e francesa de fins do século XVIII consagram a ruptura política com um modo de organização **naturalizada**, tido como irracional e opressora, o que deu origem ao chamado **Estado de Direito**, fruto da razão moderna.

2.4 O que é *por natureza* em oposição ao que é *por convenção*

O contraste entre “o que é **por natureza**” e “o que é **por convenção**” aparece, desde a antiguidade, como um problema de linguagem. Estudos mostram que, no interior do pensamento pré-socrático, a linguagem é objeto de enorme interesse dos sofistas⁵⁶, que, infelizmente, muitas vezes só são conhecidos através de Platão, seu maior adversário, o não favorece a sua compreensão.

Entre os sofistas, Górgias questionou a relação entre linguagem e realidade, inaugurando um espaço de investigação que veio a ser denominado de “semântica”. Demócrito tratou a oposição entre **naturalismo** (a significação na linguagem é natural) e **convencionalismo** (a significação na linguagem é convencional)⁵⁷, defendendo essa última tese. A distinção por ele estabelecida entre as várias relações e fenômenos semânticos⁵⁸ – homonímia (identidade de nomes), polinímia (pluralidade de nomes), metonímia (mudança de nomes), anonímia (ausência

⁵⁴ BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 124.

⁵⁵ BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 15.

⁵⁶ A palavra *sophistes*, “sofistas”, é o nome do agente derivado do verbo. Antes de adquirir sentido pejorativo, *sophos* (sábio) e *sophistes* (sofistas) eram sinônimos. Um *sophistes* escrevia e ensina porque tinha especial perícia ou conhecimento para comunicar (GUTHRIE, William Keith Chambers. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995. p. 34).

⁵⁷ Essa oposição aparece na obra *Crátilo* de Platão, na qual Hermógenes defende a tese convencionalista e *Crátilo* a tese do naturalismo.

⁵⁸ Fato que leva alguns autores a reconhecerem, em Demócrito, uma das mais antigas teorias das relações semânticas (NEF, Frédéric. **A linguagem**: uma abordagem filosófica. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 14).

de derivado do nome) – colocaram em xeque a correspondência entre coisas e nomes, defendida pelo naturalismo. Pitágoras, por sua vez, para quem os números existem por **natureza**, defendeu a tese do naturalismo. Para ele, a alma era derivada do Intelecto que impõe nome às realidades.

A tese platônica sobre a linguagem pode ser encontrada no *Crátilo*, no qual é defendida a exatidão das denominações, em uma verdadeira correlação entre as palavras e as coisas. Esse diálogo é considerado um programa de filosofia racional da linguagem, construído em torno do conceito de “nome ideal”, a ser ensinado pelo artesão do ensino, assim como o artesão da tecelagem tem que manejar a lançadeira de modo ideal⁵⁹.

Em consonância com o idealismo de Platão, que aloja as **verdadeiras realidades** no Mundo das Idéias o **nome ideal** tem que ser contemplado pelo legislador, que, no Mundo das Coisas, fixa o nome mais conveniente em relação a esse nome ideal, de modo que essa semântica da palavra ideal está fundada, por um lado, em uma ontologia das formas puras e imutáveis (idéias) e em uma epistemologia – conhecimento do nome certo que se refere às formas (idéias)⁶⁰.

Em Aristóteles, ao contrário de Platão, não existe um trabalho mais específico sobre a linguagem. É nos textos lógicos, retóricos e sobre a argumentação, de maneira bastante fragmentada, que se encontra sua compreensão da linguagem. Por outro lado, os comentários do texto de Aristóteles, seja por parte dos neoplatônicos, ainda na Antiguidade, seja por parte de Tomás de Aquino, na Idade Média, acabam por dificultar o acesso ao texto – na sua forma originária – de Aristóteles.

No *Organon*, por exemplo, o que se vê é a preocupação do filósofo em tratar do que ele denomina de “argumentos sofisticos”, traduzidos, por esse autor como “argumentos que parecem sê-lo, mas que deveras são paralogismos e não argumentos”⁶¹. Nessa obra, Aristóteles define o *silogismo* como “um razoamento em que, dadas certas premissas, se extrai uma conclusão conseqüente e necessária, através das premissas dadas” e o “*elenco*, é um silogismo acompanhado de contradição da conclusão”.

⁵⁹ “Um artesão de tecelagem, é uma lançadeira que ele manejará de modo admirável, isto é, o modo da tecelagem; um artesão do ensino, será uma palavra, e de modo admirável significará de modo magistral” (PLATÃO. **Teeteto Crátilo**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Ed. UFPA, 2001. 388c).

⁶⁰ A concepção, no Direito, postulada pela Escola da Exegese, de que a decisão judicial tinha que ser uma reprodução, o mais fiel possível, da *mens legislatoris* (vontade do legislador) é herdeira dessa concepção de que o legislador é o agente capaz de captar a verdadeira realidade, transposta para a lei (nome ideal), cuja significação se apreende semântica e gramaticalmente (COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 91; NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53).

⁶¹ ARISTÓTELES. **Organon**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 79.

Da mesma forma que a concepção hermenêutico-gramaticalista da Escola da Exegese é herdeira do pensamento de Platão, o recurso ao método lógico (silogístico), derivado daquele (gramatical), se socorre dessa concepção argumentativa formal de Aristóteles, afirmando-se que a regra de **direito** deveria ser considerada a premissa maior (universal); a situação de fato, a premissa menor (particular) e a conclusão (decisão/sentença) não passaria da subsunção formal da situação factual à regra legal, de modo que a função jurisdicional consistia em um ato mecânico de interpretar o **direito** (com o gravame de não haver, a esse tempo, uma compreensão dos princípios jurídicos como normas).

Aristóteles afirma tal razoamento (silogismo) é o que os sofistas não fazem, pelo seguinte motivo: os **nomes**. Ele argumenta que, como não é possível trazer à colação as coisas em ato e, em vez delas temos que nos servir de seus nomes, como símbolos, supomos que o que se passa com os nomes se passa também com as coisas. O erro estaria, segundo Aristóteles, no fato de que entre nomes e objetos não haver semelhança total: “os nomes são em número limitado, bem como a pluralidade de definições, mas coisas são em número infinito”⁶²

Assim, segundo Aristóteles, é inevitável que vários objetos sejam significados por uma única definição, como por um único nome, o que é causa dos silogismos e elencos aparentes e falsos utilizados, segundo ele, pelos sofistas que “preferem paracer sábios a sê-lo”, “dado que a Sofística é uma sabedoria aparente e não real, e o sofista é a pessoa que negocia uma sabedoria aparente e não real [...]”⁶³.

Percebe-se, portanto, a tendência contemporânea de se resgatar o pensamento dos sofistas em detrimento da limitação (**finitude**) do discurso, que foi objeto da teorização aristotélica.

É por essa razão que pretendemos a superação do problema da **natureza** também a partir da superação da finitude da linguagem, retirando-a de uma estaticidade que não possa viabilizar a concretização, em sociedades plurais democráticas, dos **direitos** fundamentais.

2.5 A primeira tentativa de dessacralizar a natureza – *de rerum natura*

Na primeira metade do século I a. C, surge a obra *De Rerum Natura*, escrita por Tito Lucrécio Caro (Lucrécio), apresentando-se como uma das mais importantes sistematizações da **filosofia epicurista**⁶⁴.

⁶² ARISTÓTELES. **Organon**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 80.

⁶³ ARISTÓTELES. **Organon**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 80.

⁶⁴ Epicuro nasceu em Atenas e foi criado em Samos, onde viveu de 341 e 270 a. C. Em 306 a. C, abriu sua escola, que tomou o seu nome, cujo pensamento foi rápida e vastamente difundido no mundo romano, onde se encontra a obra de Lucrécio.

Na forma de um poema, composto de seis livros, *De Rerum Natura* é uma exposição detalhada dos argumentos epicuristas acerca de como as coisas que existem no mundo vieram a ser, sendo uma preocupação de Lucrécio demonstrar o modo como a **natureza** se comporta, quais são os seus limites e qual é o lugar ocupado pelo homem frente a ela.

O **epicurismo** é contemporâneo do **estoicismo** e do **cinismo**. Concebidas em um momento de crise na *polis* grega, a saber, o esgotamento das propostas filosóficas acerca da construção de uma sociedade ideal, governada por sábios, como pretendido por Platão, tanto o **estoicismo**, quanto o **cinismo** e o **epicurismo** tentaram consolidar-se como filosofias fundamentadas na Ética, de modo a permitirem a seus contemporâneos suportar as transformações estruturais vivenciadas pela sociedade grega da época.

Assim, os cínicos proclamavam um isolamento do homem frente aos demais e à **natureza**, defendendo uma introspecção que aspirava à **autarcia**. Os estóicos, por sua vez, afirmavam caber ao homem a tarefa de observar, compreender e aceitar as disposições de uma providência soberana (Deus), que fornecia uma diretriz para as ações individuais, donde se percebe uma identificação da idéia de **natureza** com **Deus** e o **destino**. O estoicismo, contudo, não preconizava um isolamento dos homens, já que afirmava que todos os homens faziam parte de uma *cosmopolis*, que ultrapassava os limites da *polis* grega, cabendo ao homem reconciliar-se com a **natureza**, única forma de atingir a felicidade.

O **epicurismo**, além de distinguir-se do cinismo no que diz respeito ao isolamento defendido por estes últimos, tem uma forte nota distintiva em relação ao cinismo e ao estoicismo que é a **dessacralização da natureza**. Para os epicuristas, a **natureza** nem se confunde com Deus, ou deuses, nem é regida por poderes externos a ela mesma, ou seja, ela não compartilha de nenhum atributo próprio da condição divina, como a perfeição e a imortalidade, nem se encontra regida por um destino inflexível.

Assim, a ação humana passa a ter um significado nunca antes imaginado, a partir do pensamento de Epicuro, posto que se nem Deus, nem um destino comandam a **natureza**, cabe ao próprio homem transformá-la, e assim conquistar a felicidade.

Assim, para Epicuro, o convívio na *polis*, ao contrário do que pregava Aristóteles, não era um dado da **natureza**, mas uma convenção e, o que é pior, uma convenção que condenava o homem a uma vida infeliz, na medida em que proporcionava o surgimento de desejos **não naturais**, desnecessários e insaciáveis, frutos de uma falsa avaliação do que é a felicidade e o Supremo Bem.

Lucrécio foi, sem dúvida, dentre os romanos influenciados pela filosofia epicurista, o maior responsável por sua sistematização e difusão, que ocorreu, em grande medida, em torno

do conceito de **natureza**, sua dessacralização. Para Lucrécio, a **natureza** não pode ser entendida apenas como criação, ou seja, como obra de um ou diversos artífices (Demiurgo(s)).

Lucrécio admite que a **natureza** é, ela própria, uma entidade criadora:

Vou começara expor-te a essência do céu e dos deuses, e revelar-te-ei os princípios das coisas, donde as cria a **natureza** e as faz crescer e as alimenta, e para onde as leva de novo a mesma **natureza**, já exaustas; a estes princípios, na exposição da doutrina, damos nós habitualmente o nome de matéria, de corpos geradores e de sementes das coisas.⁶⁵

Pode-se, dizer, então, com justiça, que reside no pensamento de Epicuro e Lucrécio a primeira tentativa de dessacralização da **natureza**. Essa tentativa, contudo, foi abafada pela visão de **natureza** adotada na medievalidade, que, sendo o cerne do pensamento cristão, estabelece-se como um conceito teológico, que, por derivação, tem um sentido cosmológico.

Em Santo Agostinho, por exemplo, o termo **natureza** aparece como *natura*, relacionado ao termo graça, de modo que, a rigor, enquanto criada por Deus, a *natura* é fundamentalmente boa. Para ele, embora a justiça dos homens seja imperfeita, porque habita no reino das coisas mutáveis, ela pode sofrer mudanças sem injustiças, desde que se assemelhe o tanto quanto possível à **lei eterna** e possa guiar a conduta dos homens tendo como mediadores necessários a Graça Divina e a fé.⁶⁶ Assim, em Santo Agostinho o Direito se reduz à justiça (*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*⁶⁷) e “esta última ao amor ordenado que, por sua vez, não se atua sem a graça”⁶⁸.

2.6 Natureza (estado de natureza) como hipótese

Na Modernidade, noções do termo **natureza** aparecem, advindas de contraposições que se tornaram freqüentes, a saber: **natureza** (enquanto conjunto de fenômenos naturais que se

⁶⁵ LUCRÉCIO CARO, Tito. **Da natureza**. Tradução de Agostinho da Silva et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 31, Livro I, vv. 52-56.

⁶⁶ “Na carta 120, a Consêncio, sobre a Trindade, Agostinho nos diz como é ‘o verdadeiro Deus a suma justiça, [...] imutavelmente’, como ‘a nossa justiça nos faz tanto mais semelhantes a Ele quanto mais participantes da Sua justiça’, [...] por enquanto de modo imperfeito, ‘plenamente na eternidade’ (Ep. 120, n. 19, 20)” (RAMOS, Francisco Manfredo Tomás. *Ética e direito em Agostinho (um ensaio sobre a “Lei Temporal”)*). In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE TEOLOGIA MORAL, IV, São Paulo, 1996. p. 7).

⁶⁷ AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbitrio**. Tradução Ir. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995. p. 11.

⁶⁸ “Só se possui de direito o que se possui justamente, e só é justo o que é bom (*jure quod juste, et hoc juste quod bene*) [...] Ora, ‘ninguém possui mal a justiça e quem não ama não a possui. [...] é-se, portanto, bom na medida em que se age bem; [...] por isso [...] são bons (os homens) por causa da participação da graça divina’ (Ep. 153, n. 26.12.13)” (RAMOS, Francisco Manfredo Tomás. *Ética e direito em Agostinho (um ensaio sobre a “Lei Temporal”)*). In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE TEOLOGIA MORAL, IV, São Paulo, 1996. p. 8).

supõem determinados por leis) e liberdade; **natureza** *versus* arte; **natureza** *versus* espírito; **natureza** *versus* cultura.

As centenas de indicações acerca dos modos de se conceber a **natureza** na Época Moderna, acabaram por conduzir à conclusão de que não há, na modernidade, nenhum conceito comum de **natureza**. Tem-se, por exemplo, o conceito de **natureza** como o que poderíamos chamar uma “região do ser” (ou da “realidade”) caracterizada por determinações espaço-temporais e por categorias como a causalidade, como uma ordem que se manifesta mediante leis (determinísticas ou estatísticas); como “o que está aí” ou “o nascido por si”, o “ser outro” ou “exterioridade” do Espírito, da Idéia; como um modo de ver a realidade ou parte da realidade que se deu no decorrer da história e que, portanto, engendra um “conceito histórico” ou “idéia da **Natureza** como história”.

De fato, o advento da modernidade estabelece uma ruptura com a tradição clássica. Ergue-se um movimento de transformação do mundo ocidental marcado essencialmente por uma nova forma de razão. Concomitante a essa nova forma de razão está, necessariamente, uma nova forma de ver o homem, que introduz a noção de subjetividade moderna⁶⁹. Logo, o advento da modernidade é marcado igualmente por uma nova concepção de homem sob a qual pesam as categorias da filosofia racionalista, responsável pela decisiva noção de *indivíduo* nas novas teorias morais e políticas.

Essa ruptura com a tradição clássica, que expressa uma nova idéia de razão e uma nova imagem do homem, está inscrita na construção de um novo conceito de **natureza**, o qual abandona a antiga *physis* grega. A **natureza** passa a ser o palco em que a nova idéia de razão atua na constituição de uma ciência que estabelece uma relação técnica entre o novo homem e o mundo.

Essa relação técnica com a **natureza** assume uma importância tal que acaba por determinar uma série de valores em torno do problema da satisfação das necessidades do homem, o que faz desse o problema fundamental da organização sócio-político-jurídica moderna.

Diante desse quadro, no qual a **natureza** deixa de ser a *physis* que fundamenta o *nomos* objetivo ao qual se referia a *praxis* humana no horizonte da universalidade nomotética, uma

⁶⁹ “A modernidade rompeu o mundo sagrado que era ao mesmo tempo *natural* e divino, transparente à razão e criado. Ela não o substituiu pelo mundo da razão e da secularização devolvendo os fins últimos para um mundo que o homem não pudesse mais atingir; ela impôs a separação de um *Sujeito* descido do céu à terra, humanizado, do mundo dos objetos, pela vontade divina, a Razão ou a História, pela dualidade da *racionalização* e da *subjetivação*” (TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 12).

nova homologia passa a vigorar entre o modelo da sociedade e a idéia de **natureza**. Essa homologia deverá submeter o pensamento social, político, ético e jurídico aos princípios epistemológicos e às regras metodológicas da nova ciência da **natureza**.

A preocupação se transfere da determinação dos requisitos essenciais que asseguram ao homem o exercício de uma vida virtuosa e a ordem da cidade (que era a grande questão da antiga filosofia prática) para a proposição de uma solução satisfatória ao problema da associação dos indivíduos, tendo em vista assegurar a satisfação de suas necessidades vitais. Daí o novo horizonte de universalidade denominado **universalidade hipotética**.

Diz-se **hipotética** porque esboça uma suposição da gênese da sociedade, ou seja, aquele momento em que o indivíduo se vê na impossibilidade de atender sozinho às suas necessidades de sobrevivência, devendo submeter-se ao pacto de associação e submissão na vida social e política.

Trata-se, portanto, de um modelo de fundamentação que parte da **hipótese** de um **estado de natureza** no qual o homem já não teria forças isoladas suficientes para a manutenção da sua vida. Essa se torna, então, a hipótese necessária para reconhecimento e validação da estrutura **jurídica** instauradora do estado de sociedade⁷⁰.

Assim, a tarefa a que se propõem as teorias do **Direito Natural moderno** será a de assegurar ao indivíduo, na sua passagem ao estado de sociedade, os **direitos** radicados no seu hipotético **estado de natureza**. **Hipotético** vincula-se, portanto, a um modelo de **estado de natureza** (hipótese) que, por necessidade, teria que ser superado, ou seja, um modelo tal que explica a existência social do indivíduo como sucessora da superação daquele estágio, como condição de sua sobrevivência. Assim, a sociedade, bem como todos os **direitos** nela estabelecidos, é, ao mesmo tempo, negação e continuação do **estado de natureza**.

Esse é o horizonte ontológico e, pois, o pano de fundo das teorias do **Direito Natural** reinantes na Modernidade, nas quais está inscrita a Universalidade Hipotética, que pode ser identificada e delimitada no pensamento de Hobbes a Fichte. A despeito da diversidade de formulações do estado de **natureza** e das díspares descrições da passagem desse estado para o estado de sociedade, em qualquer caso, o **Direito Natural moderno** tem a pretensão de estabelecer um fundamento racional e universal para o sistema de normas **jurídicas**.

⁷⁰ Nas palavras de Henrique Cláudio de Lima Vaz: “a universalidade *hipotética* - que tem exatamente por fim *suprassumir* a particularidade empírica do indivíduo pela sua elevação à universalidade social - é dotada das características epistemológicas de um *modelo*, capaz de explicar a passagem do *estado de natureza* - situação original do indivíduo - ao *estado de sociedade* - situação atual, que se supõe derivada e mesmo, em algumas teorias, degrada, do mesmo indivíduo” (VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II**: ética e cultura. São Paulo: Loyola, 1988. p. 164).

Tomando-se por foco as filosofias de Rousseau e Kant (representantes da fundamentação hipotética do **direito**), a grande questão a que tentam responder todas as teorias políticas modernas é, então, a seguinte: como, tendo em vista a liberdade originária do indivíduo, antes do pacto, definir e preservar a esfera do **direito** no momento em que a liberdade aliena algo de si mesma submetendo-se a uma lei e um poder exteriores?

A preocupação moderna com a salvaguarda da liberdade, originária e **naturalmente** intrínseca a cada indivíduo, é a temática central da famosa obra de Jean-Jacques Rousseau, *O Contrato Social*, cujo capítulo mais importante aborda a conceituação do que seja o pacto social.

Para compreensão do que seja o pacto social, a primeira exigência que se põe é o estabelecimento da **hipótese** de um estado primitivo, também denominado **estado natureza**, no qual cada homem viveu, durante muito tempo, graças à sua força individual. Segundo Jean-Jacques Rousseau, é necessário partir da pressuposição de que os homens tenham chegado a um estágio em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no **estado de natureza** teriam sido maiores do que as forças que cada indivíduo poderia empregar para manter-se nesse estado. Dessa situação redundaria a insubsistência desse estado primitivo, que sujeitaria o homem ao perecimento, caso não mudasse o seu modo de ser.

Como os homens não podiam gerar novas forças individuais, mas apenas unir e dirigir as já existentes, não tiveram outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças dirigido a uma e mesma finalidade, de comum acordo⁷¹. Assim, o problema fundamental cuja solução é fornecida pela obra *O Contrato Social* é, segundo Jean-Jacques Rousseau, o de se encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes⁷².

Consoante Rousseau, as cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela **natureza** do ato que não poderiam ser alteradas, sob pena de o tornar sem efeito e, embora jamais tenham sido formalmente enunciadas, são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas. O que Rousseau está a chamar de **cláusulas** (no plural) se reduzem, segundo ele próprio, a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus **direitos**, a toda a comunidade.

⁷¹ É nesse contexto que Rousseau formula a grande questão moderna: “sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará sem prejudicar e sem negligenciar aos cuidados que deve a si mesmo?” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20).

⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 21.

Essa alienação total é o que funda, no contrato, o princípio da igualdade, pois, cada qual dando-se por inteiro, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa por demais. Desse modo, o pacto social é um pacto segundo o qual cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, de modo a ganhar-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força, agora coletiva, para conservar o que se tem.

A formulação rousseauísta do contrato é, então, a seguinte: “Cada um de nós põe em comum uma pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”⁷³.

Para Jean-Jacques Rousseau a associação produziria muito mais que um mero somatório de indivíduos, mas um corpo moral e coletivo, unido por um interesse comum, uma vontade geral que lhe dá vida, formando a pessoa pública do Estado, cujos associados recebem o nome de *povo*.

Nas palavras de Jean-Jacques Rousseau:

Assim como a **natureza** dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe o nome de soberania.⁷⁴

Mas Jean-Jacques Rousseau não consegue afastar sua teoria do contrato da idéia de coerção, como forma de imposição da vontade geral sobre a vontade particular:

A fim de que o pacto social não venha a constituir, pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso **será constrangido por todo o corpo** – o que significa que será forçado a ser livre, pois esta é a condição que, entregando a pátria cada cidadão, o garante contra toda dependência pessoal, condição que configura o artifício e o jogo da máquina política, a única a legitimar os compromissos civis, que sem isso seriam absurdos, tirânicos e sujeitos a maiores abusos.⁷⁵

O Contrato Social seria, portanto, a superação de um estágio de forças individuais, isoladas, para a construção de uma sociedade, ou seja, a constituição da soberania do **povo**, que conta com a força da coerção para manter a liberdade de todos. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que se estabelece, em Rousseau, a oposição **estado de natureza versus estado de**

⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 21.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 39.

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 25.

sociedade, sendo, o pacto social (ou contrato social) o instrumento que marca a passagem de um ao outro.

Quanto a Kant, em que pese Kant ser considerado um jusnaturalista, o que deve ser visto com bastante cautela, sua concepção do contrato é bastante peculiar. Diferentemente do significado rousseauísta do contrato, para Kant, poder-se-ia dizer que a oposição que se tem não é a de **estado de natureza versus estado de sociedade**, mas a de **estado de natureza versus estado civil**⁷⁶.

Essa oposição é explicada por Kant quando este diz que a divisão do **direito** não pode ser a divisão em **direito** natural e **direito** social, mas a de **direito natural** e **direito civil**. Isso porque, segundo Immanuel Kant, pode perfeitamente haver sociedade no estado de **natureza**, só que não sociedade civil, que é aquela que assegura o “meu” e o “teu” mediante leis públicas⁷⁷.

Assim, não é a sociedade que nasce com o contrato originário, mas a **sociedade civil**, ou seja, o **contrato é a instituição da legalidade em sociedade (estado jurídico)**⁷⁸. Essa a razão pela qual o contrato será, para Immanuel Kant, não um “contrato social”⁷⁹, mas um “contrato originário”. O que parece uma sutileza meramente designatória mostra-se, contudo, como uma especificidade mesma do pensamento de Kant, para quem falar de contrato originário não significa falar de formação de sociedade, que, para ele, pode existir em um estado primitivo, mas da origem da *sociedade civil*, não qual se regula o “meu” e o “teu” exteriores.

A origem da *sociedade civil*, vale dizer, do **direito**, como forma reguladora da sociedade, é derivado, para Kant, (no sentido de estarem subordinados) da moralidade que, através de seu princípio supremo, o imperativo categórico, obriga o homem à sua realização enquanto ser racional e livre.

Há, em Kant, tanto a ética quanto o **direito** são derivados da moralidade. Por *moralidade*

⁷⁶ É claro que também Rousseau já falava em “estado civil”, mas a ênfase de sua teoria está, sobremaneira, na formação da sociedade enquanto corpo ético, enquanto Kant enfatizou a formação da sociedade civil enquanto *locus* a partir do qual se pode dizer, legitimamente, do “meu” e do “teu” exteriores. Por isso Habermas vai afirmar que “Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 134).

⁷⁷ KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. p. 54.

⁷⁸ Nesse sentido convém distinguir os termos utilizados por Kant, a saber, *Zustand*, para se referir a **estado jurídico**, ou situação da vida civil regulada e *Staat*, para se referir ao **Estado**, criado para dinamizar a situação da vida jurídica (regulada) em sociedade.

⁷⁹ Essa a razão pela qual Habermas afirma “a linha de fundamentação da doutrina do direito, *que passa* da moral para o direito, não valoriza o contrato da sociedade, afastando-se, pois, da inspiração de Rousseau” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 135).

Immanuel Kant entende “a relação das ações com a autonomia da vontade”⁸⁰. Assim, segundo essa compreensão, seja uma ação ética, seja uma ação **jurídica**, ambas guardam relação com a autonomia da vontade.

No caso do **direito**, essa derivação está na idéia do *contrato originário* como uma obrigação moral a ser perseguida. Ou seja, a passagem do estado de **natureza** para um estado de legalidade, o qual funda, necessariamente, a idéia de **direito**, é uma obrigação moral a que estaríamos compelidos enquanto seres racionais na medida em que se mostra como viabilizadora da realização da liberdade de todos. Assim, a relação do **direito** com a moralidade é uma relação de fundação, ainda que a legislação **jurídica** não seja tipicamente moral. Explicamos: estabelecer o **direito** (enquanto regulador das ações externas entre os homens) é uma obrigação moral que concretizamos no exercício direto da nossa própria racionalidade, embora o modo o como o **direito** se impõe (a legislação **jurídica**) não seja diretamente moral, já que acresce outras condições para o cumprimento da ação que a simples racionalidade humana, a saber, a coerção⁸¹.

A formulação do contrato originário pode ser encontrada na *Metafísica dos Costumes*, em seu § 47, denominado por Kant “*O Direito Público*”. Segundo Immanuel Kant, o **direito** público é aquele conjunto de leis que precisa ser universalmente promulgado para que se tenha um estado (Zustand) jurídico.

É, portanto, “um sistema de leis para um povo, ou seja, para um conjunto de homens, ou para um conjunto de povos que, encontrando-se entre si em uma relação de influência mútua, necessita de um estado (Zustand) jurídico sob uma vontade que os unifique”⁸².

Essa unificação dos homens, segundo Immanuel Kant, deve-se dar sob uma constituição (*constitutio*), pensada a partir do conceito de contrato originário, a saber:

O ato pelo qual o povo mesmo se constitui como Estado (Staat) – ainda que, propriamente falando, apenas a idéia deste, segundo a qual a sua legalidade pode ser somente pensada – é o contrato originário, conforme a qual todos (omnes et singuli) no povo renunciam à sua liberdade exterior a fim de recebê-la logo, de novo, enquanto membros de uma coisa pública, i.e, do povo, considerados como Estado (Staat) (universi); e não se pode dizer que o Estado (Staat), o homem no Estado, tenha sacrificado a um fim uma parte de sua liberdade exterior inata, senão que tenha abandonado por completo a liberdade selvagem e sem lei, para encontrar de novo, por inteiro, sua liberdade em geral, em uma dependência legal, o que significa dizer, em

⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 84.

⁸¹ Para mais detalhes sobre o assunto (a relação do imperativo categórico com o contrato originário e a realização da liberdade) ver: PIMENTA, Luciana Pereira. **Liberdade e direito**: a tarefa da paz perpétua em Kant. 2004. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

⁸² KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. p. 139-140.

um estado jurídico (Zustand); porque esta dependência brota de sua própria vontade legisladora.⁸³

O contrato originário não significa, portanto, origem da sociedade, mas, de um estado jurídico (Zustand) ou, mais que isso, origem da regulação do Estado (Staat). Por isso, para Kant, o contrato originário não é somente o princípio factual (*principium*) do estabelecimento do Estado, mas também o de sua administração conforme a razão e contém o ideal da legislação, governo e justiça pública⁸⁴.

O real significado do contrato originário no pensamento kantiano é, portanto, o de uma idéia reguladora para a qual deve atentar o legislador quando de uma promulgação universal de leis, sob o corpo de uma Constituição, organizadora do Estado (Staat), a fim de fazer valer a vontade comunitária da qual emana.

Comentando a tese do contrato kantiano, Jürgen Habermas afirma⁸⁵ que:

Sob este aspecto, O Contrato Social serve para a institucionalização do **direito** ‘natural’ a iguais liberdades de ação subjetivas. Kant vê esse **direito** humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem, preliminarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras.⁸⁶

A vontade unificadora é possível, segundo Immanuel Kant, sob o pressuposto da autonomia da vontade (cujo conteúdo está objetivamente posto na formulação do imperativo categórico), assim entendida:

A autonomia da vontade⁸⁷ é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da **natureza** dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão o modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.⁸⁸

⁸³ KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. p. 145-146.

⁸⁴ KANT, Immanuel. Explicações e reflexões (7734) apud TERRA, Ricardo. **A política tensa**: idéia e realidade na filosofia da história de Kant. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 40.

⁸⁵ Atente-se para o fato de que Habermas não faz distinção entre o uso da expressão “contrato social” ou “contrato originário”, falando sempre em “contrato social”, mesmo quando se refere ao pensamento de Kant.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 127.

⁸⁷ “A *vontade* é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e *liberdade* seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*; assim como *necessidade natural* é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à actividade pela influência de causas estranhas” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 93).

⁸⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 85, grifo nosso.

Dizer, então, “o imperativo categórico vale” é o mesmo que dizer “à vontade é autônoma”, para todo ser racional. Aliás, referindo-se ao princípio da autonomia e ao imperativo categórico, Immanuel Kant nos diz que “este imperativo não manda nem mais nem menos do que precisamente esta autonomia”⁸⁹.

Propondo uma correlação dos elementos definidores do **direito** público e do contrato originário verifica-se que a formação de um estado jurídico (*Zustand*) dá-se através de uma promulgação universal de leis, que se legitima pela idéia do contrato originário e ganha corpo através de uma Constituição, definidora do Estado (*Staat*). O contrato originário e, conseqüentemente, a promulgação universal de leis por ele legitimada, é uma necessidade, exigência da razão. Tão somente porque é instaurado um estado de legalidade, alvo do interesse comum, é que se justifica a renúncia da liberdade natural em favor da liberdade civil.

Essa a razão pela qual o **direito** assume, na *Rechtsl.*, a seguinte conceituação: “O **direito** é o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade”⁹⁰.

O **direito** é, pois, o modo garantidor da convivência conciliada do arbítrio de cada um, manifestado em uma lei universal da liberdade. Kant afirma que o conceito de **direito**, no que se refere ao uma obrigação que o corresponda, ou seja, o conceito moral de **direito**, afeta, em primeiro lugar, apenas a relação externa e certamente prática de uma pessoa com outra; em segundo lugar, não significa a relação do arbítrio de um com o desejo de outro, mas do arbítrio de um com o arbítrio desse outro e, em terceiro lugar, nesta relação recíproca de arbítrios, não se atém à matéria do arbítrio (conteúdo do querer), mas à forma na relação do arbítrio, na medida em que se considera como livre a ação de um que possa se conciliar com a liberdade de outro, segundo uma lei universal⁹¹.

O **direito** é, pois, o modo garantidor da convivência conciliada do arbítrio de cada um, manifestado em uma lei universal da liberdade, a qual, com base na tríplice afetação citada anteriormente, traz à tona a exterioridade das relações entre arbítrios considerados em sua forma livre.

⁸⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 86.

⁹⁰ KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. p. 39.

⁹¹ KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. p. 38.

2.6.1 As críticas de Habermas a Rousseau e a Kant

Segundo Jürgen Habermas, os **direitos** humanos e o princípio da soberania do **povo** formam as idéias que justificam o **direito** moderno, fundamentado no horizonte da denominada universalidade hipotética⁹², pois são essas as idéias que sobrevivem depois que o *ethos* da tradição, ancorado em posturas teóricas metafísicas e religiosas, passa pelo crivo das fundamentações pós-tradicionais.

A substância normativa, diz Jürgen Habermas, “filtrada discursivamente”⁹³ encontra sua expressão na dimensão da autodeterminação e da auto-realização, expressas com maior ou menor vigor nas tradições políticas caracterizadas como “liberais” ou “republicanas”.

Debatendo com F. Michelman, para quem há na tradição americana uma tensão entre o domínio impessoal das leis, fundado em **direitos** humanos naturais, e a auto-organização espontânea da comunidade, a qual se outorga leis através da vontade soberana do **povo**, Jürgen Habermas assim caracteriza liberais e republicanos:

Os liberais evocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado de direitos humanos que garantem liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõe-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado liberal fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico.⁹⁴

Essa a razão pela qual Habermas se reporta ao pensamento de Rousseau e Kant, vez que se consagraram exatamente por tentar pensar uma interpretação mútua, ou implicação recíproca, dos **direitos** humanos e da idéia de soberania, embora, segundo Jürgen Habermas, eles não tenham conseguido esse entrelaçamento simétrico. Com efeito, na leitura habermasiana, Rousseau teria sugerido um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do republicano, enquanto Kant teria se aproximado mais da visão liberal.

Logo, o interesse de Habermas em Rousseau e Kant seria o de resgatar essa tentativa frustrada de interpretação mútua dos **direitos** humanos e da soberania, fundamentando o

⁹² Embora Habermas não faça uso exatamente da terminologia “universalidade hipotética”.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 133.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 134.

sistema dos **direitos** sob a orientação do princípio do discurso, de modo a esclarecer que autonomia privada e pública, os **direitos** humanos e a soberania do **povo** todos se pressupõem mutuamente. Para tanto, ele criticará especialmente Kant, no que tange à relação entre **direito** e moral, pretendendo mostrar que o princípio da democracia não pode ser subordinado ao princípio da moral⁹⁵.

Jürgen Habermas, entretanto, comenta o sentido da igualdade pensada por Rousseau, que não atinge, segundo ele, o nexó entre soberania do **povo** e **direitos** humanos:

Tudo indica que o conteúdo normativo do **direito** humano originário não pode surgir, como pensa Rousseau, na gramática de leis gerais e abstratas. O sentido da igualdade do conteúdo do **direito**, contido na pretensão de legitimidade do **direito** moderno, e que é o que interessa a Rousseau, não pode ser esclarecido suficientemente através das qualidades lógico-semânticas de leis gerais. A forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre sua validade. A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse de todos simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões. E isso só pode evidenciar-se sob as condições pragmáticas de discursos nos quais prevalece apenas a coerção do melhor argumento, apoiado nas respectivas informações. Rousseau pressente o conteúdo normativo do princípio do **direito** nas propriedades lógico-semânticas daquilo que é querido; esse princípio só poderia ser vislumbrado nas condições pragmáticas que determinam como se forma a vontade política. O visado nexó interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma de leis gerais.⁹⁶

Sobre a constituição da soberania do **povo** através da sociedade, Jürgen Habermas esclarece:

Enquanto membros de um corpo coletivo, eles se diluem no grande sujeito de uma prática de legislação, o qual rompeu com os interesses singulares das pessoas privadas, submetidas às leis. Rousseau exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns.⁹⁷

Nesse sentido, como esclarece Jürgen Habermas, o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de **direitos** naturais, de modo que o conteúdo normativo dos **direitos** humanos se dissolve no modo de realização da soberania popular.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 116.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 137.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 136.

Através do medium de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um **processo** de legislação democrática que exclui per se todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas.⁹⁸

Mas Jürgen Habermas adverte, uma vez que a única alternativa para o modelo rousseauísta estava na coerção:

Porém Rousseau não consegue entender a prática da autolegislação, quando esta precisa alimentar-se da substância ética de um povo, que já se entendeu preliminarmente sobre suas orientações axiológicas, ou seja, ele não pode explicar a possibilidade de uma mediação entre a requerida orientação pelo bem comum dos cidadãos e os interesses sociais diferenciados das pessoas privadas, ou melhor, não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio de sujeitos singulares. Para que isso acontecesse, seria preciso um ponto de vista genuinamente moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom para nós é do interesse simétrico de cada um. No final da versão ética do conceito de soberania popular, perde-se o sentido universalista do princípio do **direito**.⁹⁹

Quanto à autonomia moral dos indivíduos, que fundamenta os **direitos** dos homens, só pode adquirir, segundo Jürgen Habermas, uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos, já que parece existir uma mediação entre o princípio da moral e o princípio da democracia, realizada pelo princípio do **direito**. Jürgen Habermas, então, adverte:

Não está suficientemente claro como esses dois princípios (princípio da moral e o princípio da democracia) se comportam reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa 'legislação' 'pública realizada democraticamente. Os conceitos 'princípio moral' e 'princípio da democracia' estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetura da doutrina do **direito**'. [...]

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no interior do **direito** positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do **direito**, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados que aparecem de acordo com o procedimento expressam per se a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o **direito** dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.¹⁰⁰

Nem Rousseau, nem Kant conseguiram, sob o olhar das incursões críticas de Habermas,

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 136.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 137.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 127-128.

ao longo do texto, pontuar o nexo interno entre soberania do **povo** e **direitos** humanos, que reside, segundo ele, no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade. Jürgen Habermas sintetiza:

Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do **direito** natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta. Ambas as concepções passam ao largo da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si, sem coerção.¹⁰¹

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 138.

3 ANÁLISE DO TERMO *JURÍDICA*

3.1 Colocação do problema

Uma análise etimológica¹⁰² do termo **jurídica**, na expressão **natureza jurídica do processo** mostra-o derivado do latim, *juridicus*, de *ju(s)* + *dictus*, de *dicere*, **dizer**, ou seja, qualidade do que diz o **direito**. Mas, **o que é o direito**? O vocábulo é definido ora como adjetivo, quando aparece como sinônimo do que é justo e correto, ora como substantivo, referido à justiça e à razão, derivado do latim vulgar *derectus* ou do latim clássico *directus*, particípio passado do verbo *dirigere*, de *regere*, cujo significado é dirigir, conduzir, guiar¹⁰³.

Uma tal definição etimológica, contudo, não está hábil a sintetizar a enorme pluralidade de conceituações dadas ao termo **direito**, que, como alerta Simone Goyard-Fabre, não é nada accidental: “Em sua persistência, o pluralismo semântico da palavra direito decerto não é accidental. Ela corresponde à ambiguidade essencial de seu conceito”¹⁰⁴.

Vemo-nos, pois, obrigados a percorrer algumas das discussões teóricas sobre o termo.

Optamos por fazer essa análise, inicialmente, reunindo o que entendem os autores das obras adotadas como referências para o estudante que ingressa no curso de **Direito**, no Brasil. Isso porque, entendemos que as obras de Introdução ao Estudo de **Direito** precisam, em geral, ser revisitadas e reconstruídas, para ofertar ao estudante uma noção de **direito** condizente com o paradigma constitucionalmente adotado pela Constituição brasileira, qual seja, o Estado Democrático de **Direito**. O que se tem em mãos, em geral, são conceitos de **direito** ainda presos à dicotômica distinção entre **direito** positivo e **direito** natural.

Em seguida, adentramos nas considerações de Kelsen, sobre o tema, por ser ele, por um lado, um forte oponente do **direito natural** e, por outro, o autor de uma obra que se tornaria o alvo das teorias pós-positivistas do **direito**, dentre as quais estão as teorias democráticas do direito, muitas ainda em construção.

¹⁰² Verbete: Juízo. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 457.

¹⁰³ Verbete: Direito. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 268.

¹⁰⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XVIII.

3.2 Direito em três realidades – natureza como valor

Para Goffredo Telles, “**DIREITO** é o nome de três realidades distintas, o nome de três diferentes objetos. É um termo de três sentidos. Pertence, pois, à classe das palavras plurívocas”¹⁰⁵. A primeira realidade, segundo o autor paulista, é a norma, referindo-se ao **Direito** Objetivo; a segunda é a permissão, referindo-se ao **Direito** Subjetivo e a terceira é a qualidade, quando se refere ao justo, a qualidade do ato justo. Logo, para esse autor, não é possível uma única definição do termo **direito**, devendo haver tantas significações quantas são as realidades que a palavra **direito** designa.

A primeira definição, que se refere à realidade da norma e/ou ao sistema de normas é, respectivamente: “imperativo autorizante” e “sistema de imperativos autorizantes”. A segunda, que se refere à realidade da permissão é: “permissão concedida por meio de norma **jurídica**”. E a terceira, que designa a qualidade, é: “o justo segundo o **Direito**” ou “o seu, em conformidade com a lei”. Nessa terceira definição, segundo Goffredo Telles, a qualidade se refere ao que é “*justo nos termos da lei* – o justo **convencional**”¹⁰⁶.

Goffredo Telles censura aqueles que ensinam que o termo **direito** seja o nome de uma ciência, a Ciência do **Direito**¹⁰⁷. Para esse autor o equívoco reside no fato de que o **direito** não é o nome da ciência, mas dos objetos de uma ciência. “As três realidades chamadas **Direito** são os objetos da nossa Ciência do **Direito**. Impróprio é confundir os objetos de ciência com a ciência desses objetos, e chamar de **Direito** a ciência que cuida deles”¹⁰⁸.

Para expressar sua compreensão acerca do **direito natural**, Goffredo Telles parte da distinção entre o **natural** e o **artificial**, afirmando ser que o **direito** natural “é o **direito** não artificial”. Em outras palavras, “toda ordenação que tiver **natureza de Direito** autêntico é **Direito por natureza**, é **Direito Natural**”¹⁰⁹. **Direito** autêntico, por sua vez, é, “um conjunto de normas que a coletividade deseja ver obedecidas, como condição para o conseguimento de determinados objetivos sociais. É o que **Direito** legítimo”. Afirmar, ainda, que “o fim supremo do **Direito** é o estabelecimento de uma ordem básica, em conformidade com os bens soberanos de um Povo”.

Quanto às três definições do **direito**, entendemos que a segunda e a terceira definições apresentadas pelo autor dependem, tal como apresentadas, da primeira, senão vejamos.

¹⁰⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 373.

¹⁰⁶ TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 374-375.

¹⁰⁷ Observamos, contudo, que o título da obra do referido autor é “Iniciação na ciência do direito”.

¹⁰⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 375.

¹⁰⁹ TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 221.

Definindo-se **direito** como “permissão concedida por meio de norma **jurídica**”, uma tal definição carece da definição do **direito** como norma **jurídica**, que, então, a antecede. Do mesmo modo, ao se definir **direito** como “o justo segundo o **Direito**” ou “o seu, em conformidade com a lei”, essa definição se reporta à primeira, do **direito** como **direito objetivo**.

Edgar de Godoi da Mata Machado concordava com essa dependência conceitual entre determinadas definições de **direito**. Referindo-se ao que ele considera as duas acepções principais do termo **direito**, saber, **direito como regra de conduta social** (obrigatória, contínua, geral e impessoal) e **direito como *debitum* (direito-coisa-devida)** que “a última acepção é, na verdade, a primeira, não na ordem do conhecimento, mas da própria **essência** do jurídico”¹¹⁰.

Aliás, criticando Garcia Maynez, que alude a uma diversidade de objetos que podem ser designados pelo termo **direito**, que o teriam levado a escrever um tratado sobre o assunto¹¹¹, Mata-Machado, em obra menos lida que *Elementos de Teoria Geral do Direito*, pergunta: “Mas serão diferentes, assim, os objetos designados pelo nome de **direito**?” E responde: “Não nos parece. **Direito** é apenas um conceito analógico”. E esclarece:

Direito significa, antes de tudo, a relação do domínio de liberdade sobre algum objeto e, por uma analogia de atribuição, também se aplica ao próprio objeto e ao fundamento extrínseco da relação, a lei. [...] Assim, **direito** tem sempre o mesmo significado: exercício da liberdade dominadora do homem sobre alguma coisa que lhe é devida.¹¹²

O **direito**, então, aparece como ***debitum***, afirmando ser esse o fundamento do **direito** objetivo, a partir do qual se fixam as demais acepções do termo **direito**. A noção de ***debitum*** (coisa devida), existe, segundo o Mata-Machado, “para que se dê a cada um o que lhe é devido”, esclarecendo que o conceito de *coisa* não se limita ao de objeto *material*, devendo ser entendido como *objeto* (*ob – jectum*, o que é lançado diante de), que pode ser conhecido e representado de maneira concreta¹¹³.

Mas Mata-Machado não foge do entendimento de que existe um **Direito natural**, fazendo valer sua afirmação de que o conceito de ***debitum*** é o fixa as demais acepções do termo **direito**, ele afirma:

¹¹⁰ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Vega, 1974. p. 36.

¹¹¹ Edgar de Godoi Mata-Machado está se referindo à obra *La definicion del Derecho*, publicada no México, pela Editorial Stylo, em 1948.

¹¹² MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Direito e coerção**. São Paulo: Unimarco, 1999. p. 223.

¹¹³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Vega, 1974. p. 38.

Há, realmente, um debitum, algo que é devido ao homem, enquanto mesmo que homem, tendo em vista a sua essência (aquilo que o homem é), melhor, **sua natureza**, raiz dos atos que o homem pratica; há coisas que se devem ao homem por corresponderem a exigências concretas de **sua natureza**. Esse debitum é o fundamento real, objetivo, do que se chama **direito natural** e se exprime através da **lei natural**.¹¹⁴

Voltando ao conceito de **direito natural** atrelado à afirmação de que o fim do **direito** é o estabelecimento de uma ordem em conformidade com os **bens** soberanos do **povo**, apresentada por Goffredo Telles, parece-nos, também, haver um equívoco nessa proposição, porque **direitos** não são **bens**.

Jürgen Habermas já mostrou, em minuciosa passagem que normas diferem de valores porque as primeiras visam ao que é devido, enquanto os valores visam ao que é bom. Revisitemos a distinção habermasiana:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.¹¹⁵

Comentando essa a diferença entre a aplicação de normas e valores, Marcelo Cattoni afirma exatamente que:

o **direito** não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua ‘aplicação’, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não.¹¹⁶

Ou seja, à luz de normas, sabemos o devemos fazer, ao passo que à luz de valores, sabemos, no máximo, qual comportamento é recomendável, diferença que é bastante significativa para que não se deva admitir a identificação entre **direitos** e **bens**, bem como a afirmação de que fim do **direito** é o estabelecimento de uma ordem em conformidade com os **bens** soberanos do **povo**.

¹¹⁴ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Vega, 1974. p. 39-40, grifo nosso.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 317.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 67-68.

Também Miguel Reale, assim como Goffredo Telles, falava em uma estrutura ternária dos aspectos básicos do **direito**, que deu origem à propalada *Teoria Tridimensional do Direito*. Para Miguel Reale, há um aspecto normativo, no qual se reconhece o **direito** como ordenamento e a sua respectiva ciência; um aspecto fático, que abarcaria o **direito** como fato, ou em sua efetividade social e histórica e um aspecto axiológico, referindo-se ao **Direito** como valor de Justiça.

Para Miguel Reale, “*atos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente*” o que “se reflete no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta a norma ou regra de **direito** (são expressões sinônimas) **para dar-lhe aplicação**”¹¹⁷.

Donde poderemos concluir que o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é uma ato reflexo e passivo, mas antes um ato de **participação criadora do juiz**, com a **sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência**, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas.¹¹⁸

Essa parece ser a inspiração de Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que o juiz é um canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos legais, assertiva que se confirma nas seguintes palavras:

Ser sujeito da lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do **direito** do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaz ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a mens legislatoris, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça (ao juiz) meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele (o juiz) estará fazendo cumprir o **direito**.¹¹⁹

Uma tal posição, todavia, retrata a metáfora estabelecida por Rosemiro Pereira Leal referindo-se à decisão não democrática, a saber, “uma arquitetura enxadrística de uma seleta assembléia de especialistas”¹²⁰, detentores de um saber não compartilhado, capaz de promover

¹¹⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66, grifo nosso.

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 302, grifo nosso.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 294.

¹²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 40.

decisões justas¹²¹:

Percebe-se que, nestes termos, a metodologia do preenchimento da lacuna dita estrutural da lei só é mesmo manobrável pela magia dos cérebros mitologizados que abafariam **a revolta dos fatos contra os códigos** como verdadeiros pacificadores da sociedade e substitutos de leis que sequer deveriam ser editadas para não atrapalhar a incidência luminosa de tão fantásticas interpretações judicantes e não privar as partes das acrobacias tópico-retóricas das lições e decisões geniais.¹²²

Aliás, as idéias de imperfeição das leis e lacuna foram tomadas por Cândido Rangel Dinamarco como o fundamento da sua obra “Nova era do **processo** civil”, como se verifica nas assertivas: “A imperfeição das leis é o fundamento central das propostas aqui contidas” e “tudo andaria muito bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pudesse acontecer” e, ainda, “Daí a imperfeição de toda a ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem **jurídica** sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos”¹²³.

¹²¹ É curioso ver um tal entendimento reproduzido, textualmente (embora sem uso das aspas), em sentença proferida pelo juiz da 5ª Vara do Trabalho de Santos, que ganhou publicidade sob o título “*Juiz concede Tutela Antecipada ex officio a trabalhadora*”. Transcreve-se, a seguir, trecho da sentença, com grifos nossos: “[...] de se assinalar também que o juiz é um ser político, no sentido de que deve permanecer sensível aos valores sociais e às mutações axiológicas de sua sociedade. O juiz haverá de estar comprometido com esta e com suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de enorme conotação ética, fato que ao juiz não é dado ignorar. Sendo assim, o fato de o juiz estar sujeito à lei não significa que está cingido ao rigor das palavras que os textos legais contêm, mas sim ao espírito do direito de seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal-empregadas pelo legislador; ou o próprio texto, segundo a idéia do legislador não está em consonância com os valores aceitos pela nação no tempo presente. Portanto, o juiz, ao interpretar as normas processuais, deve estar consciente de que sua função é comprometida com o conteúdo do direito de seu momento histórico, não lhe cabendo aplicar friamente a lei, quando esta possa conduzir a resultados desvirtuados, seja porque não foi adequadamente elaborada, seja porque não mais atende às necessidades sociais. Mais do nunca o momento histórico é de revolta da nação com a morosidade do Judiciário e com a utilização indevida do princípio da ampla defesa e do contraditório para fazer recair o ônus temporal do processo em somente uma das partes. Tanto é assim que se debate amplamente na sociedade a necessidade de reforma do Poder Judiciário e da revisão das normas processuais para dar agilidade aos processos. Não se pode, pois, segundo o senso comum, permitir que o direito constitucional fundamental de ampla defesa seja convertido em meio de postergar pagamentos que, uma vez não efetuados, podem vir a prejudicar irremediavelmente a vida daquele que se vê obrigado a esperar por anos a fio a efetivação da tutela jurisdicional sobre verbas evidentemente devidas. É clamor popular a necessidade de rápida solução dos litígios e diante disso é evidente que a tutela antecipada pode ser concedida de ofício pelo juízo. Na medida em que o ordenamento jurídico lhe forneça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, o juiz estará fazendo cumprir o direito. [...]” (REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Juiz concede Tutela Antecipada *ex officio* a trabalhadora. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 ago. 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-ago-04/juiz_concede_tutela_antecipada_ex_officio_trabalhadora>. Acesso em: 26 jul. 2007.).

¹²² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 42-43, grifo nosso.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20-21.

3.3 Direito e natureza gregária

As primeiras linhas da obra de Reinhold Zippelius trazem a seguinte afirmação: “Somos, **por natureza**, feitos para a vida em comunidade e é apenas por meio dela que alcançamos o pleno desenvolvimento de nossas aptidões”¹²⁴.

Mais adiante, o Autor afirma: “Resumindo, precisamos da comunidade para desenvolver, de forma plena e ordenada, as aptidões que existem dentro de nós, satisfazendo assim a finalidade de nossa existência. Foi mais ou menos assim que Aristóteles traçou a figura do ser humano”¹²⁵.

E, ainda:

Assim, pois, uma comunidade de seres humanos não se forma apenas através de **leis naturais**, nem por meio de simples mecanismos psíquicos, mas pela adaptação do comportamento de um indivíduo ao do outro segundo diretivas comportamentais normativas.¹²⁶

Uma comunidade, segundo esse autor, existe onde o comportamento de uma maioria de pessoas se adapta ao de outras segundo determinadas formas relacionais, de modo que a comunidade se constrói como uma estrutura ordenada do comportamento em relação ao outro. Essa ordenação é realizada pelo **Direito**, sendo sua própria definição.

O **Direito** – como sistema de comandos comportamentais normativos – deve abranger também, além dos preceitos comportamentais propriamente ditos, estipulações sobre atribuições normativas (autorizações, ‘competências’) e sobre **processos** reguladores, mais precisamente sobre quem (em geral ou individualmente) pode gerar obrigações comportamentais e sobre qual **processo** deve ser observado para tanto.¹²⁷

Para esse autor, então, o **direito** é definido como um sistema de comandos comportamentais normativos existente em função de nossa necessidade de uma vida em comunidade, para satisfazer a finalidade de nossa existência.

Inicialmente, é preciso pontuar que seria um equívoco pensar que Aristóteles teria se referido a uma vida em “comunidade”, como uma vida gregária, como está na afirmação de

¹²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

¹²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

¹²⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 5, grifo nosso.

¹²⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6, grifo nosso.

Maria Helena Diniz: “o ser humano é **gregário por natureza**”¹²⁸.

Quando o filósofo estagirita fala no homem como um *zoon politikon* ele está se referindo ao homem como um ser que atua na *polis*, já que, na Grécia, o termo **homem** não era sinônimo de **pessoa**, designando tão somente o cidadão que atuava na *polis*. Assim, Aristóteles não se refere a uma comunidade como um **viver junto** ou uma **vida gregária**, mas a uma vida **na cidade**, ou seja, a uma vida **política**. Prestando excelente esclarecimento sobre o assunto, Marcelo Campos Galuppo leciona:

Geralmente, considera-se que essa frase significa que o homem é, por **natureza**, um ser tendente a viver em sociedade, o que me parece inicialmente insuficiente e, mesmo, equivocado. Antes de mais nada é preciso levar em conta que esse trecho apresenta uma definição do homem, e, como sabemos, Aristóteles realiza a definição apresentando a classe (no caso, animal) e a diferença específica (no caso, político). Ora, se entendemos político como ‘social’ ou ‘gregário’, a diferença específica não teria sido apresentada, vez que outros animais (como as abelhas) são também sociais (ou gregários). [...] Se considerarmos que para o grego não existe uma cidadania passiva, mas tão somente ativa, e que “o que faz o cidadão no sentido próprio da palavra é a sua participação na administração da justiça e o fato de ser membro da assembléia governante (Ross, 1957:352), então isso implica que, no contexto cultural de Atenas e sobretudo do pensamento aristotélico, a concepção do homem como animal político significa também que somente aquele que participa da vida política, ou seja, somente o cidadão, merece ser chamado de homem e, conseqüentemente, somente ele assume integralmente a dignidade de homem (anthropos).¹²⁹

Quanto à afirmação de que uma comunidade se forma pela “adaptação do comportamento de um indivíduo ao do outro segundo diretrizes comportamentais normativas”, entendemos, agora com dupla razão, pela necessidade de se nos afastarmos de uma tal significação do **direito**, porque o **direito**, nas democracias, não pode ser visto como um adaptador de condutas, balizador de uma massa homogênea e amorfa, porque isso implicaria na supressão do pluralismo e da diferença, que são o núcleo fundante da vida nos sistemas jurídicos democráticos.

3.4 Direito, estado e poder

Para Maria Helena Diniz, a quem já fizemos referência por considerar o homem como “um ser gregário, **por natureza**”, “o Estado é o fator de unidade normativa da nação” e,

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242, grifo nosso.

¹²⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 43.

definido Estado, “o Estado é uma instituição maior, que dispõe de amplos poderes e que dá efetividade à disciplina normativa das instituições menores”¹³⁰.

Dizer que o Estado é uma **instituição maior** em face de instituições menores e que o mesmo dispõe de **poderes** é estar anacronicamente preso ao surgimento do Estado moderno, quando, como leciona Gabriel Chalita, “todo o fenômeno do poder se resolveria ou se limitaria ao estudo do Estado”, onde “o soberano é visto como aquele que está na cúpula”¹³¹.

Como leciona Paulo Márcio Cruz:

O Estado Moderno transformou-se, em definitivo, em uma nova forma de Poder político que pretendeu – e, ainda pretende, conforme o caso – monopolizar o Poder de coerção e regulação através de sua institucionalização como Poder soberano por meio de um ordenamento jurídico unitário e igualitário.¹³²

É, ainda, desconhecer o parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira que afirma que “**Todo poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Consituição”.

Como leciona Rosemiro Pereira Leal:

Com o advento do Estado Moderno, torna-se arcaica a divisão da atividade estatal pela afirmação de Poderes, porque em face do discurso jurídico democrático avançado das sociedades modernas, a única fonte do poder é o povo, conforme acentua o eminente Jorge Carpizo, em lúcida dissertação sobre a teora da soberania.¹³³

Perceba-se que Paulo Márcio Cruz e Rosemiro Pereira Leal se referem a **momentos** distintos, compreendidos no termo “Estado Moderno”, já que o primeiro se refere ao **surgimento**, quando o poder se personificou na figura do rei e o segundo à **experiência democrática**, quando o **povo** se torna o soberano. Como leciona Jorge Fulgêncio da Silva Chaves, referindo-se ao Estado Moderno:

a soberania surge como qualidade do Estado, se personifica e se absolutiza como Summa potestas superiorum nom recognoscem, na figura do Rei, passando pela noção de soberania do parlamento, da nação e, finalmente, chegando-se à idéia de um povo soberano.¹³⁴

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 243.

¹³¹ CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 27-28.

¹³² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 68.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 213.

¹³⁴ CHAVES, Jorge Fulgêncio Silva. **O poder: visões lineares e não lineares**. 2004. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

É bem verdade que a posição adotada pela jurista Maria Helena Diniz é concorde com a posição de inúmeros autores acerca do conceito de poder. A pesquisa coordenada por Rosemiro Pereira Leal¹³⁵ mostra as equivocidades dos enfoques doutrinários acerca do vocábulo “**poder**”, na pós-modernidade do pensamento humano, passando pelos conceitos enunciados por autores como Norberto Bobbio, Dalmo de Abreu Dallari, Paulo Bonavides, Jellinek e Kelsen, concluindo, ao final:

que grande parte dos enfoques doutrinários apresentados baseiam-se na concepção weberiana de poder, regida pelo aspecto da dominação, em que a parte dominada (cidadão) não participa discursivamente, em um espaço processualizado, desse poder, no caso sob estudo, do poder público, como defende, na seqüência, Michel Foucault, Hanna Arendt, Habermas e o professor Rosemiro Pereira Leal.¹³⁶

De fato, para Weber, o conceito de poder gira em torno do eixo da dominação, razão que o leva a enunciar três formas puras de dominação legítima:

a aceitação de certo comando, baseia-se no aspecto interno da dominação, subjetivo, que a tornaria ‘legítima’. São elas: 1 – de caráter racional: baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do **direito** de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou 2 – de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim, 3 – de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por ela reveladas ou criadas (dominação carismática).¹³⁷

Essa tipologia de formas legítimas de dominação vem sustentando a estabilidade de regimes políticos autoritários e violentos, sustentado a idéia de um Estado mítico que requer, por isso, uma revisão, que desloque a legitimitidade para a norma processualmente legislada, como propugna Rosemiro Pereira Leal:

A luta teórica contra o poder de um Estado mítico ou de uma anarquia absolutista teve na Revolução Francesa (1789) um momento importante, apesar de várias recaídas no curso da história até os nossos dias. O binômio da dominação e legitimidade na história do poder assume versões em que a dominação se legitima ora pelo **carisma** do líder, ora pela **tradição** da autoridade, ora por uma **legalidade que se autoproclama racional**, como meio de sublimar o poder retirando-lhe o atributo

¹³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 425 e ss.

¹³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 433.

¹³⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. da UnB, 1991. p. 78.

intrínseco da coerção atávica. A se deslocar hoje a questão da legitimidade para a norma **jurídica** processualmente legislada, propugna-se um legalismo contra um **normativismo suposto e pressuposto** que pudesse validar a mítica do poder não criado pelo legislador e exercido discricionariamente pelo decisor.¹³⁸

3.5 Direito, povo e soberania

O parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira que afirma que “**Todo poder** emana do **povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Consituição”.

Mas quem é o **povo**?

Durante muito tempo (e ainda hoje), freqüentou o imaginário de teóricos do **direito** e da política o conceito rousseauísta de **vontade geral**, extraído de sua formulação d’*O Contrato Social*, como núcleo fundamente do conceito do **povo**: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da **vontade geral**; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte individual do todo”¹³⁹.

O conceito de **vontade geral**, contudo, não se presta às exigências das sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo e pela diferença, na qual não é possível encontrar seja uma *vontade geral*, seja um *homem médio*.

A **vontade geral** acaba conduzindo o **povo**, para o lugar icônico do termo (**povo como ícone**), que, como alerta Friedrich Muller, mascara segmentações sociais, em benefício de uma minoria, por trás de um discurso que afirma: “**o povo quis assim!**”¹⁴⁰.

Não bastasse, em Jean-Jacques Rousseau, a soberania é, antes, um atributo do Estado, sendo o **povo** denominado **cidadãos** quando **participam** dessa soberania e **súditos**, enquanto submetidos às leis do Estado:

Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de Cidade, e hoje o de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo e Potência quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de povo e se chamam, em particular,

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 91, grifo nosso.

¹³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 22.

¹⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 79-80.

cidadãos, enquanto participantes da autoridade soberana, e súditos, enquanto submetidos às leis do Estado.¹⁴¹

Esse entendido tem sido reproduzido pela quase totalidade das obras indicadas aos estudantes de **direito** no estudo da chamada Teoria Geral do Estado. Alguns autores falam em *notas características* outros em *elementos essenciais*, considerando-os indispensáveis para a existência do Estado, que é, então, considerado um **ente complexo**¹⁴². De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos **materiais**, o território e o **povo**, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam formal. O mais comum é a identificação desse último elemento com o **poder** ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou **soberania**¹⁴³.

Ora, um tal entendido não se coaduna com a concepção de Estado Democrático, no qual o **povo** é quem institui o Estado, sendo a soberania um **atributo do povo**, e não do Estado, definido na forma de uma instituição **jurídica** por conter princípios próprios, definidos na Constituição.

Como assevera Rosemiro Pereira Leal:

A única fonte legítima (originária) de poder, no mundo pós-moderno (mundo da história não linear), é o POVO e a fonte secundária é a lei (ordenamento jurídico), criada pelo POVO, cabendo ao Estado, como uma das instituições da NAÇÃO exercer a função de fazer cumprir a lei pelos segmentos básicos do serviço público (executivo-administrativo, comissionário-legislativo, judiciário).¹⁴⁴

Desse modo, a democracia não pode continuar a ser vista como “**governo do povo**”¹⁴⁵, situação, aliás, na qual o conceito de **povo** é facilmente identificado com o de *massa*¹⁴⁶.

¹⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 22-23.

¹⁴² Dalmo de Abreu Dallari afirma que o Estado é um ente complexo que pode ser abordado sob diversos pontos de vista, “sendo extremamente variável quanto à sua forma por sua própria natureza”. Ele afirma, contudo, a existência de duas orientações fundamentais: a que dá ênfase ao elemento concreto ligado à força e a que realça o problema da natureza jurídica, tomando como ponto de partida o conceito de ordem. Percebe-se, pois, que em nenhuma dessas “orientações fundamentais” está o conceito de povo, o que demonstra o anacronismo dessas teorias face ao conceito de Estado fixado pela Constituição de 88 (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 98-99).

¹⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 59 e ss.

¹⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias**. Leme: Editora de Direito, 1999. p. 304.

¹⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129: “sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa [...]”.

¹⁴⁶ Sobre o conceito de massa (ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 361).

Como afirma Friedrich Müller, “desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago”¹⁴⁷, quando o **povo** passou a ser o “álibi” para justificar interesses de grupos dominantes.

Pelas mesmas razões, também não pode identificar o povo com uma **maioria**. A regra da maioria, nas democracias, só pode ser considerada um mecanismo ou instrumento¹⁴⁸, não podendo ser, ela mesma, um princípio democrático, tampouco o núcleo fundamente do conceito do **povo**, cuja definição (de **povo**), também não passa por uma uniformidade étnica. Como bem esclarece Hannah Arendt: “As tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo de sua história”¹⁴⁹.

Como bem pontou Ana Paula de Barcellos, a experiência de uniformização pretendida pelo estado nazista pode ser classificada como uma das mais chocantes experiência de funcionalização do homem, seja por “estampar a barbárie em tons e formas quase inacreditáveis, como por sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimer de 1919”¹⁵⁰.

Verifica-se, nas esclarecedoras lições de Rosemiro Pereira Leal que o termo **nação** também assume uma conotação diversa da que lhe dava a mesma tradição que identificou a soberania como atributo do Estado, quando/onde **nação** sequer recebia um tratamento jurídico:

O conceito de Nação, surgindo como um artifício para envolver o povo em conflitos de interesses alheios, **jamais teve significação jurídica**, não indicando a existência de um vínculo jurídico entre seus componentes. [...] Para obter maior integração de seu povo, e assim reduzir as causas de conflitos, os Estados procuram criar uma imagem nacional, simbólica e de efeitos emocionais, a fim de que os componentes da sociedade política se sintam solidários.¹⁵¹

É preciso romper, pois, com as velhas teorias juspolíticas, apartadas de uma conformidade com o texto constitucional, que deixou, há muito, de ser mera carta política, destituída de caráter normativo: “a constituição é hoje a institucionalização de um **processo** de aprendizagem falível através do qual uma sociedade ultrapassa pouco a pouco a sua capacidade

¹⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21.

¹⁴⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 149.

¹⁴⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 258.

¹⁵⁰ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 23.

¹⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113, 116.

para se tematizar a ela mesmo sob o ângulo normativo”¹⁵².

É preciso assumir o paradigma (normativo) do Estado, alçando o **povo** ao *locus* de instituidor de todo o **direito** democrático, mediante um **devido processo instituinte**.

Assim, ante uma revisão dos termos **povo**, **soberania** e **constituição**, coopera com o esvaziamento de sentido da busca por uma **natureza** do **direito**, do **Estado** e do **processo**, como elemento de fundamentação, porque o **povo**, como instituição originária, real, constitucionalmente normatizada, assume esse lugar de fundamente das instituições **jurídicas**, nas democracias.

3.6 Direito e natureza humana

Mesmo Sílvio de Salvo Venoza, cuja obra introdutória tem sua primeira edição datada do ano de 2004, ou seja, mais de quinze anos após a promulgação da Constituição Brasileira, afirma que o **Direito**, como ciência “enfeixa o estudo e a compreensão das normas postas pelo Estado ou pela **natureza do Homem**”:

Já nesse ponto, muito singelamente se posta a grande diade: o **direito** posto pelo Estado, ou seja, o ordenamento jurídico, a configurar, portanto, o positivismo; e, por outro lado, **a norma que sobreleva e obriga independentemente de qualquer lei imposta**, o idealismo, cuja maior manifestação é o chamado **direito natural**, o jusnaturalismo. Para esta última vertente, adiante-se que existe um **Direito** que se aplica independente da norma, **um Direito imanente à natureza humana**, o justo e equitativo que independe da Lei: **o direito natural**. Ou, em termos absolutamente singelos, o sentido do que é justo independe da lei.¹⁵³

Uma tal compreensão, negligencia do iniciante no estudo do **direito** o conteúdo normativo do inciso II do art. 5º da Constituição Federal que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o chamado **princípio da reserva legal**, que é uma das formas de expressão do chamado “**princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito**”. Esse princípio, explica Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “é o que resulta da conexão interna entre democracia e Estado de Direito”¹⁵⁴, obrigando em relação a todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado, sem exceção.

Outra não é a razão pela qual o termo **lei**, no princípio da reserva legal, tenha que ser

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.054-1.055.

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27, grifo nosso.

¹⁵⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 131.

entendido como norma produzida no devido **processo** legislativo, do qual decorre a validade das normas a serem aplicadas, sob a fiscalidade e a conformidade com o texto Constitucional. Como explica Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A expressão lei, nesse enunciado normativo, tem o significado técnico-jurídico de ordenamento jurídico, na sua total extensão, isto é, conjunto de normas **jurídicas** constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, repetindo-se que as normas **jurídicas** englobam as regras e os princípios, ambos com igual força vinculativa no plano decisório. Tal significa que os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem perderem de vista a supremacia da Constituição [...].¹⁵⁵

Logo, no âmbito do **direito** constitucional e democrático, não há que se falar em norma (a decisão é uma norma – norma de decisão) que “**obriga independente de lei imposta**”, primeiro porque, nas democracias,

os únicos critérios diretivos do exercício da função jurisdicional, que culmina quando os órgãos jurisdicionais proferem a decisão final (sentença, provimento) são os fixados pelo princípio da permanente vinculação aos atos da jurisdição ao Estado Democrático de **Direito**, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico (reserva ou prevalência da lei) [...].¹⁵⁶

Segundo porque, nas democracias, a lei não é imposta, mas fruto de decisão processualmente elaborada no devido **processo** legislativo, sendo o plenário um espaço aberto às discussões críticas, pelo **Povo** e seus representantes.

Essa é a manifestação do contrário, no âmbito do devido **processo** legislativo, que não se coaduna com o voto de liderança das bancadas governistas, que, frequentemente, estabelecem pactos com o Executivo. Como frisa André Del Negri:

O voto de lideranças não antagoniza interesses, funcionando como uma decisão que reflete a produção de um consenso sem debate o que transforma o momento destinado ao contraditório em meras conveniências partidárias sem qualquer procedimento discursivo.¹⁵⁷

Ao analisar a mesma questão, Raul Machado Horta enfatizou a importância de as funções executiva e legislativa serem exercidas sob o pano de fundo da concorrência partidária, de modo a viabilizar o contraditório no **processo** legislativo:

¹⁵⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 133.

¹⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

¹⁵⁷ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 91.

[...] quando o Executivo e o Legislativo não passam de dois setores entregues à atividade de um só partido, ou de um partido majoritário e dominante, as relações de poder são relações de partido, e o **processo** legislativo exibirá alto índice de automatismo [...] Mas, se as relações entre Executivo e Legislativo se ressentem da ausência de partido majoritário, por força de difusa concorrência partidária, as relações entre Executivo e Legislativo serão movediças e muitas vezes críticas, e o **processo** legislativo se tornará polêmico e contraditório, reclamando desenvolvidas normas de composição de conflitos. Enquanto no primeiro caso a lei exprime vontade homogênea, no segundo, ela é resultado de vontade polêmica e heterogênea.¹⁵⁸

Pela mesma razão, não se coadunam com o devido **processo** legislativo as decisões terminativas, proferidas no interior de das comissões especializadas.

Consideramos Kelsen o maior jusfilósofo do século XX, por ser um divisor de águas em relação ao pensamento dos juristas que o precederam, cujas teorizações são o alvo da crítica a partir da qual ele elaborou a sua *Teoria Pura do Direito* e daqueles que o sucedem, cujo esforço teórico, com frequência, é o de apontar e resolver as contradições deixadas na vasta e rigorosa obra daquele autor.

Uma tal assertiva, contudo, não seria suficiente para justificar a inserção da análise testemunhadora que se segue, no contexto (con-tema) da presente tese, sem o reconhecimento (teórico) de que os maiores problemas suscitados pela *Teoria Pura do Direito* dizem respeito à Teoria da decisão **jurídica**, nos moldes kelsenianos, cujo ponto nevrálgico – a decisão **jurídica** como um ato de vontade – recebe a oposição teórica dos mais diversos autores na contemporaneidade.

Partimos, para tanto, da abordagem das teses positivistas construídas no interior do movimento científico do Círculo de Viena, surgido em 1922, por considerar que elas tenham influenciado as teses kelsenianas da *Teoria Pura do Direito*, às quais dirigiremos nossos esforços.

Propomos, ao final, o reconhecimento da alteração do significado do termo “decisão autêntica” que, tendo deixado (a partir das críticas de Kelsen) de estar alojada na originariedade da norma geral, atribuída, no Estado Liberal, ao legislador, se afasta, nas Democracias, do caráter de obrigatoriedade da norma (de decisão) proferida por uma autoridade cuja competência decorre de uma norma imposta pelo Estado (como defendeu Kelsen).

¹⁵⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 531.

3.7 Direito na *Teoria Pura*

3.7.1 A origem das categorias conceituais utilizadas por Kelsen

Na segunda década do século XX, em torno de Moritz Schlick (1882-1936), nomeado professor de filosofia das ciências indutivas na Universidade de Viena, em 1922, formou-se, em Viena, um grupo de filósofos¹⁵⁹, que foi denominado, Círculo de Viena¹⁶⁰ (Wiener Kreis), tendo por objetivo defender uma concepção científica do mundo, a partir de uma concepção unificada de ciência.

Empirismo, Positivismo e Logicismo são três denominações que sintetizam bem as posições epistemológicas do Círculo de Viena, cujos membros atribuem, ao mesmo tempo, um valor moral e um valor intelectual ao saber científico, concebendo a tarefa de unificação da ciência, ou melhor, unificação da linguagem da ciência¹⁶¹, como uma tarefa coletiva, que exige uma atitude científica, livre de todo dogmatismo (que era identificado com a metafísica).

Assim, a filosofia passa a ser concebida com a função de clarificação, tendo por instrumento sistemático o método da análise lógica da linguagem, traçado por Russell e Wittgenstein¹⁶². Influenciado pela afirmação wittgensteiniana de que “o mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas”, sendo o fato “a existência de estados de coisas”, que por sua vez “é a ligação de objetos (coisas)”, Schlick afirmou:

¹⁵⁹ Dentre os membros que inauguraram o grupo estavam os filósofos Viktor Kraft, Friedrich Waismann e Rudolf Carnap; o físico Philipp Frank; os matemáticos Gustav Bergmann, Hans Hahn, Kurt Gödel e Karl Menger e o economista Otto Neurath.

¹⁶⁰ O nome do grupo só surgiu em 1929, em um Manifesto dedicado a Moritz Schlick, para homenagear e agradecer a esse filósofo sua opção de permanecer em Viena, após sua estada na Califórnia, como professor visitante da Universidade de Stanford.

¹⁶¹ Esse alerta quem o faz é Carnap: “Assim, através da nova lógica, a análise lógica conduz a uma ciência unificada. Não existem diferentes ciências com métodos fundamentalmente diferentes, ou diferentes fontes de conhecimento, mas apenas uma ciência. Todo conhecimento encontra seu lugar nesta ciência e é, de fato, conhecimento de uma espécie fundamentalmente a mesma. As diferenças fundamentais que surgem entre as ciências são o resultado enganador de que usamos diferentes sub-linguagens para as expressar (CARNAP, Rudolf, “The Old and The New Logic”, *Logical Positivism*, p. 144 apud MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 17).

¹⁶² Foi a partir do *Tractatus Lógico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein (1889-1951), concluído em 1918 e publicado pela primeira vez em 1921, com uma introdução de Russell, que esse seguiu a interpretação do logicismo que foi retomada pelo Círculo de Viena e que consistia em defender a tese do caráter *analítico* ou *tautológico* das proposições lógicas e matemáticas. Assim, as questões ontológicas tornaram-se questões relativas à linguagem e a filosofia converteu-se em análise lógica, o que deu origem ao “atomismo lógico” de Russell (uma teoria da relação entre a linguagem perfeita da lógica e o mundo), concepção essa que é totalmente distinta do que o primeiro Russell defendia com Moore (MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. XXIV-XXVIII).

A grande virada contemporânea é caracterizada pelo fato de que consideramos a filosofia não como um sistema de cognições, mas como um sistema de atos; a filosofia é aquela atividade através da qual a significação (meaning) de enunciados é revelada ou determinada. É por meio da filosofia que os enunciados são explicados, por meio da ciência que eles são verificados. Esta (a ciência) trata da verdade dos enunciados, a filosofia trata do que eles efetivamente significam.¹⁶³

É com base nessa concepção que se afirma que o empirismo do Círculo de Viena pode ser considerado como um empirismo modificado, um empirismo lógico, que tenta reconciliar o empirismo¹⁶⁴ com a exigência das verdades lógicas.

O requisito fundamental do logicismo, para o Círculo de Viena, parte da concepção de Rudolf Carnap (1891-1970), que concebe a lógica como um método, um método científico de filosofar, que consiste na clarificação dos enunciados das ciências empíricas¹⁶⁵. Essa adoção do método lógico afasta, por completo, o domínio da metafísica, cujos enunciados passam a ser considerados pseudo-afirmações, desprovidas de significação porque não podem ser objeto de

¹⁶³ SCHILCK, Moritz. *Die Wende der Philosophie* (A virada da filosofia) apud MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 7.

¹⁶⁴ O empirismo clássico, também denominado de empirismo britânico, é uma corrente filosófica representada por Locke, Berkeley e Hume, que abarcaram o período que vai da Guerra Civil na Inglaterra até a Revolução Francesa (RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 303-330). Hume, o principal expoente do empirismo britânico, seguindo, em parte, a teoria das idéias de Locke, fala de impressões e idéias como o conteúdo de nossas percepções. Em oposição aos racionalistas, que afirmam que a conexão entre causa e efeito é algum traço intrínseco na natureza das coisas, para Hume, não se pode conhecer esses vínculos causais, sendo a causalidade associada ao hábito. Para ele, estamos tão acostumados, pela experiência, a ver que os efeitos seguem as suas diversas causas que, a final, acabamos acreditando que isso deve ser assim. Ao final, ele acaba por estabelecer certas “regras para julgar causas e efeitos”, antecipando-se a J.S. Mill sobre os cânones da indução. Ele parte da premissa de que “uma coisa qualquer pode produzir outra coisa qualquer”, já que não existe qualquer conexão necessária. Dentre as regras (que são 8) podemos citar as seguintes: 1) “causa e efeito devem ser contíguos no espaço e no tempo”; 2) “a causa deve ser anterior ao efeito”; 3) deve existir uma conjugação constante entre causa e efeito; 4) a mesma causa produz sempre o mesmo efeito (princípio que afirma derivar da experiência; 5) quando por várias causas se produz o mesmo efeito, deve ser por algo que todas têm em comum; 6) uma diferença no efeito, demonstra uma diferença na causa. Uma epistemologia assim construída levou Hume a uma posição cética, por concluir que certas coisas que damos como certas, na vida diária, não podem ser justificadas de modo algum. Conclui ele: “Se ao chegar aqui alguém me perguntasse se concordo sinceramente com este argumento, que pareço esforçar tanto em inculcar, e se realmente sou um desses céticos que sustentam que tudo é incerto, e que o nosso julgamento não possuiu acerca de nada medida alguma de verdade ou falsidade, eu respondia que tal pergunta é inteiramente supérflua e que nem eu, nem ninguém, jamais sustentou essa opinião sincera e constantemente. A natureza, por uma necessidade absoluta e incontrolável, determinou que julguemos assim como respiramos e sentimos [...] quem quer que tenha se dado ao trabalho de refutar as cavalações deste ceticismo total, terá lutado realmente sem ter antagonista [...]”.

¹⁶⁵ “Este método pode talvez ser resumidamente caracterizado como consistindo na análise lógica dos enunciados e dos conceitos da ciência empírica. [...] esta descrição indica o papel que a filosofia desempenha na ciência empírica e que consiste, mais especificamente na decomposição dos enunciados [da ciência empírica] em suas partes (conceitos), na redução passo a passo de conceitos a conceitos mais fundamentais [...]. A Lógica é o método da filosofia. A lógica é entendida aqui em seu sentido mais amplo. Ela compreende a lógica pura, formal, e a lógica aplicada ou a teoria do conhecimento” (CARNAP, Rudolf. *Die alte um die neue Logik [in Logical Positivism]*, apud MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 9).

verificação empírica. Assim, enunciados éticos (normativos) são excluídos do campo da linguagem dotada de sentido, por não possuírem conteúdo empírico e por não poderem ser fundamentados em enunciados empíricos, ou seja, uma norma não pode ser deduzida de um fato¹⁶⁶.

O princípio de base do Círculo de Viena é, então, o *princípio do empirismo*, que parte do postulado de que todo conhecimento provém da experiência sensível, em uma forte empreitada filosófico-científica contra a metafísica, o que caracteriza o aspecto *positivista* do Círculo de Viena. Nas palavras de Schlick:

Se alguém deseja caracterizar toda posição que nega a possibilidade da metafísica como ‘positivista’, nada se pode objetar a isso, enquanto mera definição; e neste sentido, deveria eu mesmo considerar-me um positivista radical [a strict positivist]. [...] Não podemos decidir através da análise filosófica se alguma coisa é real, mas apenas o que significa dizer que ela é real; e é apenas através dos métodos usuais da vida quotidiana e da ciência, isto é, pela experiência que podemos decidir se é este o caso ou não.¹⁶⁷

O empirismo responsável pela posição *positivista* do Círculo de Viena levou à adoção, em um primeiro momento, de um princípio de *verificação* ou *verificabilidade*, de modo a que a significação de uma proposição estar diretamente dependente do conjunto de condições empíricas de verificação dessa proposição. Esse princípio, posteriormente, foi modificado por Carnap para um princípio mais fraco, de *confirmabilidade*. A diferença entre *testabilidade* e *confirmabilidade*¹⁶⁸ consiste “em que a testabilidade exige que se possa efetivamente chegar a um resultado no que diz respeito ao valor de verdade do enunciado sintético testado, enquanto que a confirmabilidade exige apenas a possibilidade de uma confirmação”¹⁶⁹.

3.7.2 Direito como ciência autônoma

O positivismo jurídico, entedido como a concepção segundo a qual não existe outro

¹⁶⁶ Essa conclusão é o ponto de partida para Kelsen separar o Dever Ser do Ser, que será tratado mais adiante.

¹⁶⁷ SCHILCK, Moritz. *Positivismus und Reakismus* (1932/1933) apud MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 12.

¹⁶⁸ Ambas serão rechaçadas por Popper, como demonstraremos adiante, em suas críticas ao Empirismo Lógico.

¹⁶⁹ MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 25.

direito senão o **direito** positivo¹⁷⁰, embora tenha se disseminado a partir da segunda metade do século XIX, na Europa, acabou se afirmando como a principal teoria **jurídica** do século XX, a partir do pensamento de Hans Kelsen, em especial com a publicação da *Teoria Pura do Direito*, em 1934.

O projeto de Kelsen consistia em conceber uma teoria do **direito** autônoma, sistemática e unitária, estritamente comprometida com a objetividade científica e com o rigor metodológico, destinada a elevar a ciência **jurídica** ao mesmo estatuto de cientificidade alcançado pelas ciências epistemologicamente consolidadas.

Seu objetivo era construir uma ciência descritiva cujo objeto seria o aspecto normativo do **direito**, isto é, as normas do **direito** positivo. Enquanto a teoria geral do **direito** positivo, a *Teoria Pura do Direito*, deveria estar apta a descrever não um ordenamento jurídico particular, mas a estrutura formal de qualquer **direito** positivo¹⁷¹, o que permite constatar a nítida influência da tese de unificação da Ciência (ou da linguagem da Ciência), do Círculo de Viena.

Influenciado também pelo logicismo (a lógica como método) do Círculo de Viena, Kelsen preocupou-se em dar ao **Direito** o *status* e o tratamento dignos de conhecimento científico válido, em uma incansável busca por objetividade e exatidão na abordagem do fenômeno jurídico, purificando a ciência **jurídica** da referencia de critérios que não fossem os lógico-normativos.

Para tanto, a *Teoria Pura do Direito* repele qualquer vinculação dos juízos descritivos da Ciência do **Direito** com os juízos colhidos nas esferas éticas, políticas, teológicas, psicológicas e sociológicas. Com base nessa premissa metodológica, Kelsen pretende fundamentar uma teoria puramente descritiva, desprovida de quaisquer juízos de valor na exposição do **Direito**.

Não se pode entender, como errônea e não raramente ocorre que Kelsen tenha eliminado toda e qualquer referência valorativa do das normas de **Direito**. Ele apenas afirmou que a

¹⁷⁰ A crítica positivista se dirige, principalmente, ao *jus naturalismo*, podendo assim ser resumida, segundo Bobbio: “1) O direito *natural* não é um direito com o mesmo título que o direito positivo porque carece do atributo da eficácia; 2) o direito *natural* não logra alcançar o objetivo que corresponde aos sistemas jurídicos positivos porque não garante paz nem a **segurança**; 3) o direito positivo foi se estendendo gradativamente a todos os campos que antes se atribuíam ao direito *natural*; 4) a noção de ‘natureza’ é de tal modo equívoca que se chegou a considerar como igualmente *naturais* **direitos** diametralmente opostos; 5) mesmo se fosse unânime o acordo sobre o que é *natural*, disso não resulta um acordo unânime sobre o que é justo ou injusto; 6) mesmo se fosse sido unânime o acordo sobre o que é justo pelo fato de ser *natural*, disso não se derivaria a validade deste acordo para o momento atual” (BOBBIO, Norberto. Alguns argumentos contra el derecho natural. In: V.V. A.A. **Crítica del derecho natural**. Madrid: Taurus, 1966. p. 236-237).

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

valoração das normas de **Direito** não é função da Ciência **Jurídica**¹⁷².

Partindo das teses anti-metafísicas do Círculo de Viena, Hans Kelsen afirma que o conteúdo das normas **jurídicas** não está mais dependente ou pré-determinado pela referência às “*leis da razão*”, como queria Kant, podendo ser livremente estabelecido pela vontade da autoridade competente¹⁷³.

A validade das normas, numa ordem **jurídica** positiva, independe de uma fundamentação sustentada por qualquer conteúdo moral ou político, com carga de obrigatoriedade auto-evidente (**jusnatural**). Neste sentido, o racionalismo normativista sustenta que as normas **jurídicas** podem veicular qualquer tipo de conteúdo¹⁷⁴, sem qualquer pretensão de correção intrínseca, como defendido pelo **jusnaturalismo**, importando, ao contrário, o modo de produção da norma, de uma maneira legitimada, em último instância, por uma norma fundamental pressuposta:

a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem **jurídica** ser observadas e aplicadas, é a **norma fundamental pressuposta** segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes.¹⁷⁵

¹⁷² O compromisso metodológico de Kelsen com a postura científica neutra em relação aos valores pode ser constatado na seguinte passagem: “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a Ciência Jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e o descrever. Embora as normas **jurídicas**, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo o valor jurídico por ele descrito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 77).

¹⁷³ Para Kelsen, “o Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas”. Esse fato, prossegue ele, “constituiu a diferença entre o Direito positivo e Direito Natural, o qual, como a moralidade, é deduzido a partir de uma norma fundamental presumivelmente auto-evidente, considera como sendo a expressão da ‘vontade de natureza’ ou da ‘razão pura’” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166-167).

¹⁷⁴ “Uma norma jurídica, acentua Kelsen, não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. ‘Por isso, continua ele, pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças aquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica’. O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 97).

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 236, grifo nosso.

3.7.3 *Direito como estado*

Partidário do monismo legalista¹⁷⁶, Hans Kelsen identifica o Estado com a ordem **jurídica**, tornando-os termos cambiáveis. A seu ver, a locução “**Estado de Direito**” representa uma redundância, porque “o Estado, não submetido ao **Direito** é impensável”¹⁷⁷, de modo que, para ele, todo Estado é Estado de Direito. Adotando esta vertente formalista-reducionista (todo Estado é de **Direito**), Hans Kelsen subverte a idéia de Estado de Direito, transformando-o em um Estado pura e formalmente de **Direito**¹⁷⁸.

A ordem **jurídica** positiva é concebida por Hans Kelsen como uma estrutura hierárquica de normas, escalonada ao modo piramidal desde as normas de nível superior (ascendentes da base ao vértice) até aquelas de nível inferior (descendentes rumo à base). Concebido o sistema jurídico como uma ordem dinâmica¹⁷⁹, é precisamente a estrutura escalonada de normas, validadas pela norma ascendente, que permite a unidade lógica e a pressuposta completude do ordenamento¹⁸⁰.

Na construção do edifício normativo kelsiniano, as normas de escalão inferior retiram sua validade das normas de nível imediatamente mais elevado. Assim, no âmbito da cadeia de elos normativos, a norma que representa o fundamento de validade de outra é designada conceitualmente como superior em relação a esta, de sorte que os conflitos entre normas de distinta graduação hierárquica se solucionam mediante a aplicação da norma de nível superior em detrimento da de escalão inferior¹⁸¹.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 352, onde é tratada a superação do dualismo de Direito e Estado.

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 346.

¹⁷⁸ Foi essa concepção que rendeu a Kelsen a crítica de responsabilização – no plano teórico – pela legitimação de ordenamentos jurídico-políticos como os liderados por Hitler e Stalin. Em suas palavras: “A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a idéia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como uma verdadeira ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. Também uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 353).

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217 e seg.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 228 e seg.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 232.

No vértice da pirâmide está a Constituição. **Acima**¹⁸² dela, (Constituição) encontra-se a norma fundamental (*Grundnorm*), que, sendo o fundamento de validade da Constituição, funciona, indiretamente, como o fundamento de validade de toda a ordem **jurídica**, sendo, por isso, comumente denominada de *pedra angular da Teoria Pura do Direito*.¹⁸³ Assim, a norma fundamental não deriva sua validade de nenhuma outra norma superior, nem mesmo integra o **direito** positivo, ou seja, não é uma norma posta, positivada, e sim uma norma pressuposta do sistema.¹⁸⁴

É nesse ponto que reside a distinção kelseniana da “**doutrina de Direito natural**” para uma teoria **jurídica** positivista:

pelo fato de aquela procurar um fundamento de validade do **Direito** Positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, num **Direito natural** diferente do **Direito positivo**, e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o **Direito** Positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido.¹⁸⁵

É a norma fundamental que determina o que é e o que não é **direito**. Sendo assim, as normas individualmente são consideradas válidas se produzidas em conformidade com a norma fundamental, de modo a se poder afirmar que a função da norma fundamental, na teoria kelseniana do **Direito**, consiste em servir como um recurso metodológico de interrupção da cadeia causal (**natural**) de normas, que encontra nela o fechamento do sistema.

Assim, a norma fundamental, enquanto “regra de interrupção” impede que a cadeia causal de validade das normas seja reconduzida *ad infinitum*.¹⁸⁶ Paralelamente, a norma fundamental, na qualidade de pressuposto hipotético de uma ordem normativa, evita a remissão do **direito** positivo fundamentos de validade de caráter metajurídicos, isto é, a uma norma

¹⁸² “O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tem de se acentuar bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 242).

¹⁸³ Esse é o enfoque atribuído por Kelsen à norma fundamental, na *Teoria Pura do Direito e Teoria geral do Direito e do Estado*. Posteriormente, em sua obra publicada postumamente, *Teoria Geral das Normas*, Kelsen abandona a qualificação epistêmica da norma fundamental como “norma pressuposta” ou “pensada” pela ciência jurídica, para caracterizá-la como uma **ficção fundacional**, um *constructo* ou recurso mental imaginário (DULCE, Maria José Farinas. La ‘Ficción’ em la Teoria Juridica de Hans Kelsen. **Revista Crítica Jurídica**, Madrid, n. 18, p. 102, jun. 2001).

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 222.

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 243.

¹⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 163, 181.

derivada de uma autoridade supra-ordenada à autoridade **jurídica**.¹⁸⁷ Notadamente, o recurso a uma formulação doutrinária da norma fundamental do ordenamento e termos exclusivamente metodológicos visava esvaziar, de uma vez por todas, qualquer associação residual daquele critério último de justificação com as referências metafísicas peculiares à tradição jusnaturalista.¹⁸⁸ Notadamente, o recurso a uma formulação doutrinária da norma fundamental do ordenamento em termos exclusivamente metodológicos visava esvaziar, de uma vez por todas, qualquer associação radical daquele critério último de justificação com as referências metafísicas peculiares à tradição jusnaturalista o que, como já dito, decorre de forte influência do discurso anti-metafísico da Escola de Viena.

Kelsen reconhece que a norma fundamental, conquanto seja fundamento último de validade do ordenamento, não se destina a oferecer justificação ético-político institucional.¹⁸⁹

Assim, o papel da norma fundamental no contexto da *Teoria Pura do Direito* consiste em fornecer um substrato epistemológico (“teórico-gnosológico”) ao **direito** positivo. Esta função se torna tanto mais clara quando se tem em mente a conhecida postura metodológica positivista de indiferença ao conteúdo das normas, pela qual qualquer conteúdo pode ser jurídico, sendo irrelevante a sua especificidade.

Considerando que o **direito** positivo retira seu fundamento de validade de sua referibilidade à norma fundamental pressuposta, uma ordem normativa para ser válida não necessita, sob esse ponto de vista, estar conformada a este ou aquele conteúdo específico. O conteúdo de uma norma **jurídica** ou de uma ordem **jurídica** positiva é totalmente independente de sua norma fundamental¹⁹⁰. Por conseguinte, a norma básica apenas fornece o supremo fundamento de validade e não também o conteúdo das normas integrantes de uma ordem

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 228.

¹⁸⁸ Em Hobbes, comparativamente, o fundamento de obediência dos súditos à autoridade do soberano civil deriva sua validade de um fictício pacto de renúncia e transferência de **direitos** da comunidade política, pelo qual os súditos autorizavam a instituição do poder soberano. Ao contrário do *status* de pressuposto hipotético da *Gründnorm* Kelsiana, a norma suprema em Hobbes possuía o caráter de lei *natural*, ou seja, de um ditame da reta razão, auto evidente enquanto dado da consciência. Considerando que os homens viviam em permanente insegurança no presumido “estado de natureza”, atormentados pela condição de “guerra de todos contra todos”, Hobbes identificou a norma fundamental *natural* da organização política com a prescrição para os homens buscarem a realização do valor supremo, a paz. Desta primeira lei, derivaria uma segunda que instituiu o contrato associativo (*pactum unionis*) entre os súditos, prescrevendo a atribuição dos seus **direitos** absolutos herdados do estado de natureza ao terceiro, investido no poder absoluto de ordenar. Por sua vez, a terceira lei *natural*, na esteira das duas primeiras, estabelece o cumprimento do acordo (*ficto som ciranda*), como forma de garantir a sobrevivência do pacto, sob pena de este não passar de *faltos vexes* (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 2002. p. 100 et segs.).

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 117.

¹⁹⁰ Cf. nota 23.

jurídica positiva.¹⁹¹

Assim, fiel ao ideal de “pureza metódica”, herdado do Círculo de Viena, e ao princípio de separação entre Ser e Dever Ser, Kelsen se abstém, no âmbito de sua teoria, de definir critérios de justificação para se determinar uma dada ordem **jurídica** como válida, o que culmina em uma concepção de legitimidade reduzida à validade **jurídica**.

3.7.4 *Direito como imputação*

A teoria da decisão **jurídica**, em Kelsen, parte da distinção, estabelecida na Teoria Pura do **Direito**, entre Ser e Dever-Ser. Essa distinção está relacionada, na Teoria Pura do **Direito**, às distinções entre Ciência Causal (e Ciência Social Causal) e Ciência Normativa (Ciência Social Normativa) e os respectivos princípio da causalidade e princípio da imputação.

Para Hans Kelsen, a determinação do **Direito** como sistema de normas – ordem normativa – e a limitação da Ciência do **Direito** ao conhecimento e descrição das normas **jurídicas** e das relações e fatos que essas normas regulam, parte do conceito de **natureza**, já que promove a delimitação do **Direito** em face dela (**natureza**) e da Ciência Normativa em face de todas as ciências que visam ao conhecimento informado pela lei da causalidade¹⁹²:

A **natureza** é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. [...] Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do princípio da causalidade.¹⁹³

Esse outro princípio é, na teoria kelseniana, o princípio da *imputação*. Hans Kelsen afirma que esse princípio, embora análogo ao da causalidade, dele se distingue. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições **jurídicas**, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, a partir do qual a ciência da **natureza** descreve o seu objeto¹⁹⁴.

Importante lembrar que as proposições **jurídicas**, segundo Hans Kelsen, se distinguem

¹⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 220.

¹⁹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 84.

¹⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 85.

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 86.

das normas **jurídicas**. Aquelas são as proposições ou enunciados nos quais a ciência **jurídica** descreve normas e relações reguladas por essas normas **jurídicas**, enquanto essas são produzidas pelos órgãos jurídicos e por eles aplicadas, a fim de serem observadas pelos destinatários do **Direito**¹⁹⁵.

Percebe-se, pois, que a distinção wittgensteiniana entre “coisas” “fatos”, e “proposições”, que tanto serviu ao Círculo de Viena prestou-se, também, à distinção kelseniana entre proposições **jurídicas** (construídas pela Ciência do **Direito**) e o objeto dessas proposições (a norma **jurídica**), que tem seu equivalente, na teoria kelseniana, à distinção entre juízos hipotéticos e mandamentos:

Proposições **jurídicas** são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem **jurídica** – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas **jurídicas**, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência.¹⁹⁶

Mas, se por um lado, a analogia entre causalidade e imputação é possível, no que tange à descrição do objeto, pelas Ciências Naturais e pelas Ciências Normativas, na proposição **jurídica** não se diz, como na lei **natural**, que se **A é, B é**, mas que, quando **A é, B deve ser**, mesmo quando B porventura não venha a sê-lo. A cópula, ou a ligação dos elementos, na proposição **jurídica** é, segundo Hans Kelsen, diferente da ligação dos elementos na lei natural, exatamente porque a ligação, na proposição **jurídica**, é realizada por uma norma que é criada por uma autoridade **jurídica** – através de um **ato de vontade** – enquanto que na lei natural a ligação é de causa e efeito, sem qualquer intervenção de uma autoridade¹⁹⁷.

De fato, para Kelsen, a decisão **jurídica** (de produção ou de aplicação da norma) é um **ato de vontade**. Aliás, cumpre dizer que produção e aplicação são, em Hans Kelsen, conceitos que não se distinguem, porque “uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do **Direito** é simultaneamente

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80. É nítida nessa compreensão a total ausência, no pensamento kelseniano, construído sob as bases do Estado Social, da compreensão dos destinatários da lei como autores dela – característica do Direito Democrático

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-81

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87.

produção do **Direito**”¹⁹⁸ em vice-versa.

Nesse sentido, Hans Kelsen se mostra como um crítico contundente da tradição hermenêutica que o precedeu, para a qual os atos de criação e aplicação do **direito** se mostravam distintos, devendo o aplicador, por isso, se limitar à busca *mens legislatoris*, como preconizado pelos mentores e seguidores da Escola da Exegese:

Se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o **processo** jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma ordem inferior.¹⁹⁹

Um caso-limite, por exemplo, é o da própria criação da Constituição, que, considerada sob ausência de uma ordem **jurídica** internacional que lhe submeta, e criada através da aplicação da norma fundamental sem que, contudo, a norma fundamental esteja, ao mesmo tempo, a aplicar qualquer norma superior. Aplicando-se a Constituição, por sua vez, criam-se as normas **jurídicas** gerais e, mediante a aplicação destas, opera-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas²⁰⁰.

Segundo Hans Kelsen, a norma superior pode determinar não só o órgão competente para a criação da norma inferior, mas também o seu conteúdo. Mas pode ocorrer de a norma **jurídica** indicar apenas o órgão, isto é, o indivíduo pela qual a norma inferior deve ser produzida e deixar à sua livre apreciação tanto a determinação do **processo** como a determinação do conteúdo da norma a produzir e, ainda assim, segundo Hans Kelsen, a norma superior estaria sendo utilizada na produção da norma inferior.

3.7.5 *Direito a partir da interpretação autêntica*

A discricionariedade do julgador, no pensamento de Kelsen, foi ainda mais alargada, se considerada a alteração havida no texto da Teoria Pura do **Direito**, da primeira (1934) para a segunda edição (1960), edições essas mediadas por uma tradução francesa do mesmo texto (1953).

Hans Kelsen já havia afirmado, no âmbito da abordagem da Jurisprudência, no tópico

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 260.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261.

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261.

intitulado “Criação de normas **jurídicas** gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do **Direito** e segurança **jurídica**”. Aí reside a afirmação de que um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência de criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Um tal fato ocorre, segundo Hans Kelsen, quando a decisão judicial cria o chamado “precedente judicial”²⁰¹, ou seja, “quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão dos casos idênticos”²⁰².

Segundo Hans Kelsen, uma decisão pode ter tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral, criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o Tribunal cria **direito** material novo; no segundo, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. “Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador” e “A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos”²⁰³, pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada”²⁰⁴.

Mas, segundo Hans Kelsen, “a função criadora do **Direito**, pelos Tribunais, existe em todas as circunstâncias”²⁰⁵ (instâncias?). Para justificar essa descentralização legislativa²⁰⁶, Hans Kelsen afirma que o órgão chamado a “descobrir” o **Direito** tem de proceder da mesma forma que um legislador que, “na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça”²⁰⁷ – ideal esse que, dada a sua carga mítico-axiológico, é característico dos discursos do Estado Social. Para Hans Kelsen, uma decisão justa, por parte do órgão decisor é o que

²⁰¹ Percebe-se, aqui, a nítida influência, no pensamento kelseniano, do direito norte-americano, pautado no sistema de precedentes judiciais, face ao seu exílio, nos Estados Unidos, após a segunda guerra Mundial, embora Kelsen faça uma crítica ao *common law* que é a de não distinguir entre norma e fonte do Direito “Erra porque desconhece que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o direito nasce, aquilo que produz Direito só pode ser Direito, pois é o Direito que regula a sua produção” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 283).

²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 279.

²⁰³ Kelsen reconhece que nenhum caso é igual ao precedente, sob todos os aspectos. Só com base na norma geral criada é que, segundo ele, se pode decidir se dois casos são iguais (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 278).

²⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 278.

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 279.

²⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 279.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 281.

distingue a idéia de uma “livre descoberta do **Direito**”²⁰⁸ de uma “descoberta do **direito**” (sem o termo livre). O que Kelsen parece não perceber é que essa decisão justa, ao ser creditada ao julgador, acaba sendo expressão de uma discricionariedade autocrática e, por isso, tirânica.

De todo modo uma tal compreensão se coaduna bem com a concepção kelseniana de interpretação como ato de vontade, que é a que o julgador faz, enunciada na Teoria Pura do **Direito** em oposição à interpretação como ato de conhecimento, que a Ciência do **Direito**, já que não lhe cabe mais do que conhecer²⁰⁹ e descrever a norma, estabelecendo as suas possíveis significações (já que a norma, para Kelsen, é uma moldura, no interior da qual estão contidas várias possibilidades de aplicação²¹⁰), através das proposições **jurídicas**.

Não bastasse, em 1953, Hans Kelsen promove a inserção, na tradução francesa de 1953, da expressão “interpretação autêntica”, associando-a à interpretação como ato de vontade (que o julgador faz)²¹¹, afirmando que ela não é, como usualmente se diz, a que o legislador faz, quando cria norma geral, mas a que obriga em circunstâncias concretas:

Só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de **Direito** Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria **Direito** não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de **Direito**, é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do **Direito** ainda quando cria **Direito** apenas para um caso concreto, quer dizer quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.²¹²

²⁰⁸ Kelsen aponta a filosofia existencialista como uma variante da corrente que exige uma livre descoberta do Direito, não vinculada a quaisquer normas gerais, já que a realidade, por sua natureza concreta, não poderia ser apreendida por conceitos abstratos, nem regulada por normas gerais, podendo apenas ser “vivida”, fazendo referência, em nota de rodapé (34), ao nome de Georg Cohn (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 281 e nota, p. 426).

²⁰⁹ “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas **jurídicas**. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica” Aqui aparece uma crítica de Kelsen à Jurisprudência dos conceitos, quando ele diz “A idéia de que é possível através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada Jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 395).

²¹⁰ Partindo da consideração de que na norma há uma certa indeterminação, seja intencional ou não (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 388-389), Kelsen afirma que “o Direito a aplicar forma, me todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pela que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390).

²¹¹ Como consequência, afirma como interpretação não-autêntica a interpretação que a Ciência do Direito. Em 1960, Kelsen opera um “refinamento” desse conceito de interpretação não-autêntica em inclui, também, ao lado da Ciência do Direito, os destinatários do direito (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 395).

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 394.

Essa mudança na concepção do que seja interpretação autêntica foi extremamente importante para Hans Kelsen, em 1960, em mais uma alteração do texto original de 1934, afirmar que a interpretação feita pelo órgão aplicador não somente poderia escolher (ato de vontade) dentre uma das possibilidades de aplicação contidas na moldura normativa mas, também, produzir uma norma **jurídica** individual que se situe completamente fora da moldura interpretativa:

A propósito, importa notas que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza um das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, **como também se pode produzir um norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa**. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se **Direito**, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma **jurídica** individual, **desde que o ato deste órgão não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado**. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado **Direito** novo – especialmente pelos tribunais de última instância.²¹³

Um tal alargamento (decidir fora dos parâmetros normativos), promoveu, uma verdadeira insustentabilidade dos pressupostos teóricos da Teoria Pura do **Direito** (separação entre os planos do Ser e do Dever-Ser;

Uma outra alteração, promovida por Hans Kelsen, na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, é a atribuição, aos destinatários do **Direito**, ao lado da Ciência do **Direito**, do rótulo de “intérpretes não-autênticos”:

Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende, realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma **jurídica** liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma **jurídica** e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou.²¹⁴

Essa alteração, que pode passar despercebida ao leitor desatento às exigências de testificação teórico-conceituais, nas democracias, sepulta, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de resgate das categorias conceituais kelsenianas, sem uma ressemantização que

²¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 394, grifo nosso.

²¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 395.

possa apontar algum aproveitamento para uma teoria democrática do **direito**, já que confina o indivíduo (que sequer alcançou o *status* de cidadão) à condição submissa (heterônoma) de mero destinatário de uma lei produzida autocraticamente, seja pelo Estado, seja pelo julgador, que tem “em si” (**natureza** como coisa em si) a prerrogativa, inclusive, de decidir fora da pirâmide normativa.

Em nossa proposição teórica, sugerimos que o termo **decisão autêntica**, passado pelo crivo da ressemantização (aberta e não-naturalizada) seja identificado, nas teorias democráticas do **Direito** e do **Processo**, exatamente com a interpretação que os destinatários do **direito** fazem. Não exatamente porque sejam destinatários, mas porque o são, simultaneamente, autores do **Direito** aos quais obedecem.

Assim, o termo “autêntico” deixa de estar alojado na originariedade da norma geral, atribuída, no Estado Liberal, ao legislador, tampouco se estabelece no caráter de obrigatoriedade da norma (de decisão) proferida por uma autoridade cuja competência decorre de uma norma imposta pelo Estado, no sugerido por Kelsen, em consonância com os postulados do Estado Social, devendo estar alojado, doravante, **povo** (humanidade inserida na linguagem), que, em atitude co-participativa, produzem discursivamente a produção, aplicação e extinção da normatividade. Esse é o “autêntico” uso que se pode fazer do termo “autêntico” em uma democracia que se pretenda “autêntica”.

3.7.7 Direito e psicanálise, a partir da idéia de autoridade

A discricionariedade, na obra kelseniana, desreferenciada normativamente (fora da linguagem **jurídica**) e alojada na figura solipsita do julgador (é interessante atentar para o fato de que Kelsen utiliza exatamente a palavra “indivíduo”²¹⁵), permite o fácil reconhecimento da concepção kelseniana da interpretação e aplicação do **direito** com um ato paternal (autocrático), que considera suficiente que um indivíduo, para ser considerado um órgão da comunidade **jurídica**, tenha tido a sua função atribuída ou autorizada por uma norma superior.

Aí reside a razão pela qual, tradicionalmente, as teorias acerca da legitimidade das decisões **jurídicas** se limitaram a indagar pela origem – emanção – da autoridade do

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261.

juiz²¹⁶, o que, por certo, é critério por demais insuficiente para a legimitar as decisões, nas Democracias.

Não bastasse, em contraste com a doutrina dualista tradicional, segundo a qual o Estado possui existência independente do **Direito**, para a *Teoria Pura do Direito*, o Estado é reduzido ao ordenamento jurídico e se apresenta como uma ordem **jurídica centralizada**²¹⁷.

Merece atenção a analogia estabelecida por Hans Kelsen, quando faz a comparação da teoria dualista do Estado e do **Direito** com a teologia:

Assim como a teologia afirma o poder e a vontade como essência de Deus, assim também o poder e a vontade são considerados, pela teoria do Estado e do **Direito**, como essência do Estado. Assim como a teologia afirma a transcendência de Deus em face do mundo, assim também a teoria dualista do Estado e do **Direito** afirma a transcendência do Estado em face do **Direito**, a sua existência meta**jurídica** e, ao mesmo tempo, a sua imanência ao **Direito**. Assim como o Deus criador do mundo, no **mito** da sua humanização, tem de vir ao mundo, de submeter-se às leis do mundo – o que quer dizer: à ordem da **natureza** – tem de nascer, sofrer e morrer, assim também o Estado, na teoria da sua autovinculação, tem de submeter-se ao **Direito** por ele próprio criado. E, assim como o caminho para uma **autêntica ciência da natureza** somente foi desimpedido através do panteísmo, que identifica Deus com o mundo, quer dizer, com a **ordem da natureza**, também a **identificação do Estado com o Direito**, o conhecimento de que o Estado é uma ordem **jurídica**, é o pressuposto de uma genuína ciência **jurídica**.²¹⁸

É interessante observar que a analogia inicialmente se aplica à relação entre a teologia e a teoria do Estado e do **Direito**, onde registramos, com ênfase, a expressão “**mito da humanização**” (de Deus), ligada à “ordem da **natureza**” – nítido produto das fundamentações teo-cosmológicas do **Direito**. Ao final, contudo, Hans Kelsen fala de uma “**autêntica ciência da natureza**”, em analogia à vinculação entre Estado e **Direito**, vinculação essa que, por ser necessária (o que não é por convenção), acaba assumindo o *status* de **natural**.

O caráter de **centralidade**, que atribui a determinados órgãos, a responsabilidade pelas “atividades estatais típicas”, somado à concepção (por analogia) de uma “**autêntica ciência da natureza**”, significou, no âmbito do **processo**, um centralismo (**naturalizado**), na figura do juiz, imbuído da autoridade estatal, do poder de julgar.

A analogia entre a teologia e o **Direito** e, respectivamente, entre Deus (Pai) e o Estado

²¹⁶ Cf. nesse sentido: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78, mais especificamente na p. 49.

²¹⁷ Essa característica da centralidade é um dos pontos combatidos pelas teorias democráticas do Direito

²¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 352, grifo nosso.

se conforma bem à concepção Paternalista (hierarquia naturalizada) e repressiva (herdeira da noção de pecado²¹⁹, medo e culpa) do Estado Social, “que elege um PAI histórico e simbólico como LEI”²²⁰. Não por outra razão Rosemiro Pereira Leal se referiu a Kelsen através da expressão “*o nome-do-pai miticamente autocrático*”²²¹, o que explicaria o destaque da teoria de Kelsen em sociedades psicológica e juridicamente reprimidas (Estado Social).

Segundo Sigmund Freud, conhecemos duas origens do sentimento de culpa: uma surge do medo de uma **autoridade**, e a outra, posterior, **surge do superego**. A primeira, insiste na renúncia às satisfações institutivas, o que, no plano social (do Estado Social), implica no dever (imposto pelo PAI) de compartilhar de um *ethos* coletivo (agir conforme a norma = aquilo que é normal) e a segunda, que além de renunciar às satisfações institutivas, exige **punição** (Estado como ordem coercitiva de conduta), de uma vez que a continuação dos desejos proibidos não pode ser escondida do superego. Ou seja, o Estado coercitivo (PAI) pode ser identificado com o superego²²², identificação essa que pode ser elucidada na definição freudiana de superego: “O superego é um agente que foi por nós inferido e a consciência constitui uma função que, entre outras, atribuímos a esse agente. A função consiste em manter a vigilância sobre as ações e as intenções do ego e julgá-las, exercendo sua censura”²²³.

Por essa razão é louvável o trabalho de Rosemiro Pereira Leal de aproximar **Direito e Psicanálise**, exatamente para desfazer essa visão repressiva do **Direito** e reprimida de homens que, vigiados e censurados, não reconhecem a cidadania como “legitimatío de auto-includência no sistema de **direitos** fundamentais”²²⁴.

Pela mesma razão, somos levados a rechaçar a **natureza** do conhecimento jurídico seja,

²¹⁹ “As religiões nunca desprezaram o papel desempenhado na civilização pelo sentido de culpa [...] elas alegam redimir a humanidade desse sentimento de culpa, a que chamam de pecado” (FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 99).

²²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: DelRey/FUMEC/FCH, 2008. p. 499.

²²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: DelRey/FUMEC/FCH, 2008. p. 498.

²²² “Criou o superego pela identificação com o pai: deu a esse agente o poder paterno, como uma punição pelo ato de agressão que haviam cometido contra aquele, e criou as restrições destinadas a impedir a repetição do ato” (FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 94).

²²³ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 88.

²²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia - a ação jurídica como exercício da cidadania. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2007.

“essencialmente, ciência e prudência”²²⁵, porque a prudência tem sido, historicamente, o sustentáculo do direito identificado com o saber **autocrático** do julgador. Como leciona Rosemiro Pereira Leal: “Essa pedagogia do saber-poder é que dificulta o entendimento de uma razão discursiva necessária à compreensão do direito democrático já significativamente alcançado por muitas constituições da atualidade, a exemplo da brasileira de 1988”²²⁶.

²²⁵ ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. **A natureza do conhecimento jurídico**: entre ciência e prudência: a lógica abdutiva e a fundamentação do direito em Theodor Viehweg. 2005. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 13.

²²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 92.

4 ANÁLISE DO TERMO *PROCESSO*

4.1 Colocação do problema

Tradicionalmente, o termo **natureza** não foi problematizado, quando das diferentes construções teóricas acerca da **natureza jurídica do processo**. Por um lado, em todas elas o termo **natureza** aparece no sentido de “**natureza** de um ser” (ser = o **processo**), havendo afirmações quanto à **natureza jurídica do processo** como contrato (Pothier, 1800); quase contrato (Savigny, 1850); relação **jurídica** (Bülow, 1868); situação **jurídica** (Goldschmidt, 1925); instituição sociológica (Guasp, 1940); procedimento em contraditório (Fazzalari, 1975); instituição constitucionalizada (Baracho, 1980); instituição egressa do **povo** (teoria neo-institucionalista do **processo** – Leal, 1990).

Assim, a idéia de **natureza** recebe usos e funciona, na maior parte das teorias quanto à **natureza jurídica do processo**, como pilar de sustentação de concepções **naturalizadoras**²²⁷ que não se ajustam às exigências constitucionais de conceituação do processo, a partir do **povo**, como passamos a expor.

4.2 Processo como contrato e como quase-contrato

A primeira formulação teórica sobre a significação do **processo** é, por um lado, herdeira das categorias conceituais do **direito** romano e, por outro, partícipe da atmosfera privatística e individualista respirada na França dos séculos XVIII e XIX.

Pothier, principal representante dessa teoria, influenciado pelo jusnaturalismo moderno, enaltecendor da vontade individual²²⁸ como fonte de **direito** e de dever, afirmava que o **processo** era um **contrato** entre os litigantes, estabelecido a partir do comparecimento **espontâneo** das

²²⁷ Exceção deve ser feita, por exemplo, à proposição neo-institucionalista do processo, que se arvora em críticas a qualquer concepção naturalizadora do conceito de direito, processo e jurisdição. Cf., por exemplo, o exímio trabalho de: LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 1, 2006.

²²⁸ A noção de indivíduo, na Modernidade, deve-se, inicialmente, à filosofia cartesiana, antes da qual não foi possível pensar o indivíduo, como sujeito contraposto à comunidade. Para Descartes, a existência se deve ao pensamento (*Cogito, ergo sum*). Tal conclusão foi possível graças ao ceticismo metodológico adotado por Descartes, a partir do qual ele colocou em xeque todas as crenças anteriores, adotando a chamada *dúvida hiperbólica*. Ao afirmar que a única coisa da qual não podia duvidar era a de que ele estava duvidando (pensando), Descartes aloja no sujeito a única base sólida para a compreensão racional do mundo (DESCARTES, René. *Discurso do método, as paixões da alma, meditações*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores). Cf. também versão eletrônica da obra: DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://sociologia.incubadora.fapesp.br/portal/publicacoes-1/apostilas/discursometodo.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

partes em juízo, para a solução do conflito.

A herança romanística, por sua vez, como lembra Rosemiro Pereira Leal, aparece na similitude que uma tal significação guarda com o **Direito** romano do período formular²²⁹, já que o **processo** se constituía pela aceitação contratual prévia das partes²³⁰ em acatar a decisão do juiz²³¹. O **processo**, segundo Pothier, instaurava-se pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), sendo o juiz um árbitro facultativo e não um órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição.

Percebe-se, pois, nessa teoria, o recurso à idéia de **contrato** herdeira da filosofia contratualista moderna, na qual aparece como um *médium* para se passar do estado (situação) de **natureza** (ainda que concebida hipoteticamente²³²) para um Estado Civil, no qual se instaura a legalidade.

Considerando a divergência entre os contratualistas acerca da definição que fazem do que vem a ser o **estado de natureza**, entendemos que a teoria do **processo** como **contrato** se coaduna com a tese lockeana, já que, para esse filósofo, o estado de **natureza** se caracteriza, sobretudo, “pela falta de uma **autoridade** a que se possa apelar”²³³, o que implicaria em uma perpetuação do estado de guerra (**natureza**)²³⁴.

Há uma diferença, entretanto, entre o estado de guerra, em termos hobbesianos e o estado de guerra lockeano, porque o estado de guerra de Hobbes não tem leis – é uma anarquia total, desde o início – enquanto o de Locke faltam apenas juízes imparciais, de modo a correr

²²⁹ O período formular está situado nos séculos II e I a. C., quando, a partir da Lei *Aebutia* (século II a. C.) e da *Leges lulia* (século I a. C.), o *pretor* passou a nomear o árbitro (juiz de fato) e a instruí-lo, através de fórmulas, sobre como deveria conduzir as demandas e proferir as sentenças (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 41).

²³⁰ Essa é a razão pela qual alguns autores atribuem a essa teoria um mero significado histórico (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 279).

²³¹ “Para essa teoria, não estavam as pessoas obrigadas a comparecer ao juízo, mas, se a juízo fossem, comprometiam-se, por força da *litiscontestatio* (“a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide” - organização do conflito pela inteligência pretor), a cumprir a decisão expandida pelo juiz (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 91).

²³² BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 183. “Uma última questão em torno do estado de natureza é relativa ao seu caráter histórico. Quando falam de ‘estado de natureza’ esses *jusnaturalistas* se referem a uma situação que existiu efetivamente, ou apenas a algo hipotético ou imaginário? A pergunta, na verdade, já havia sido respondida corretamente por Pufendorf, ao distinguir – como indicamos o estado de natureza *puro* do *limitado*. O primeiro, entendido como uma situação que os homens tenham vivido ao mesmo tempo, nunca aconteceu. Nesse sentido, o *bellum omnium contra omnes* de Hobber é apenas uma hipótese”.

²³³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 92.

²³⁴ Essa identidade entre “estado de guerra” e “estado de natureza”, que foi sendo progressivamente admitida na obra de Locke, está assim redigida: “Mas esse ‘estado de guerra’ não é mais do que o estado da natureza” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 93).

sempre o risco de degenerar-se em anarquia. Essa diferença tem consequências importantes porque revela as funções do Estado Civil, para cada um desses filósofos. Para Hobbes, o Estado Civil deve proporcionar uma lei aos indivíduos que fogem da **natureza**, enquanto para Locke, a rigor, é preciso que haja um juiz porque a lei – a lei **natural** – preexiste (estado de **natureza**) e continua vigente no novo Estado (Estado Civil).

Isso explica, também, porque Hobbes elabora uma teoria do Estado absoluto enquanto Locke elabora uma teoria do Estado limitado. Para Hobbes, o Estado tem que abolir todos os resquícios do estado de **natureza**, enquanto para Locke, o Estado é simplesmente uma insituição que objetiva a tornar possível a convivência natural entre os homens.

Assim, quando associamos a significação do **processo** como **contrato** à tese jusnaturalista lockeana, entendemos que a figura central dessa teoria é a do julgador, sob cuja figura paira a responsabilidade pela existência **natural** do homem – visto, ainda, como **animal**, amparado, como afirma Rosemiro Pereira Leal, no “**ideal-do-eu** de um *Outro* absoluto”²³⁵.

Na sequência, Savigny, também sem qualquer problematização do termo **natureza jurídica**, insistiu, na metade do século XIX, em enquadrar a significação do **processo** no âmbito do **direito** privado, afirmando que, embora o **processo** não fosse um contrato, na sua forma perfeita, deveria ser um **quase-contrato**, porque a parte, ao ingressar em juízo, já estaria consentindo que a decisão da lide fosse favorável ou desfavorável, havendo, portanto, um elo, ao menos entre o autor e o juiz, o qual seria integrado, também, pelo réu, caso comparecesse espontaneamente ao **processo**.

É curioso perceber que a terminologia **quase-contrato**, por um lado, enfraquece o sentido de **natureza**, pelos menos concebida como **essência plena**, porque é uma contradição falar em uma **quase essência**. Essa contradição, aliás, se concilia com a forte crítica do movimento historicista alemão à escola do **direito natural**, de bases sacralizadas. Por outro lado, como corolário desse enfraquecimento, sugere a compreensão do termo **natureza** como um modo de ver a realidade ou parte da realidade que se deu no decorrer da história o que engendra um **conceito histórico de natureza**.

A associação da teoria do **processo** como **quase-contrato** com um **conceito histórico de natureza** se coaduna com as teses savignianas de criação e aplicação do **Direito**, pautadas no

²³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: DelRey/FUMEC/FCH, 2008. p. 487.

amor pelo passado, no sentido da tradição e na luta contra a codificação, na Alemanha²³⁶, sendo de grande oportunidade ressaltar, no contexto, a posição de Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), maior opositor das teses de Savigny, por considerar a situação do **direito** alemão deplorável, já que as fontes (**natureza** como **origem**) do **direito** se mostravam insuficientes para resolver os problemas na nação alemã. Por ocasião da ocupação napoleônica na Alemanha ele afirmou:

Os alemães estão há muitos séculos paralisados, oprimidos, separados uns dos outros por causa de **um labirinto de costumes heterogêneos, em parte irracionais e perniciosos**. Justamente agora se apresenta uma ocasião inexpectadamente favorável para a reforma do **direito** civil como não se apresentava e talvez não se apresente mais em mil anos [...]. A convicção de que a Alemanha esteve até agora enferma de muitas moléstias graves, de que pode e deve melhorar, é universal. O precedente domínio francês muito contribuiu para isso. **Ninguém que queira ser imparcial pode negar que nas instituições francesas estão encerradas muitas coisas boas e que o Código e as discussões e os discursos a respeito dele, assim como o Código prussiano e o austríaco, trouxeram para a nossa filosofia mais vitalidade e arte civilista que as acaloradas discussões de nossos tratados sobre direito natural**. Se agora os príncipes alemães concordassem com a redação de um código geral alemão civil, penal e processual e empregasse por apenas cinco anos aquilo que custa um regimento de soldados, não poderíamos deixar de receber algo de notável e sólido. A contribuição de um tal código seria incalculável.²³⁷

Da esclarecida (e polêmica, à época) fala de Thibaut, extrai-se uma crítica à irracionalidade dos costumes, de nítida influência iluminista. Em seus escritos, Thibaut afirma que o homem não deve sucumbir à tradição, mas superá-la e renová-la. Tal influência pode ser atribuída a Immanuel Kant para quem:

O iluminismo é a saída do homem do estado de minoridade que deve imputar a si mesmo. Minoridade é a incapacidade de se valer do próprio intelecto sem a orientação de um outro. Imputável a si mesma é essa minoridade, se a sua causa não depende da deficiência da inteligência, mas da falta de decisão e de coragem de fazer uso do próprio intelecto sem ser guiado por um outro. Sapere aude!²³⁸ Tenha a coragem para servir-te da tua própria inteligência! Este é o mote do iluminismo.²³⁹

²³⁶ Savigny afirma, em texto intitulado *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* que não era contrário à codificação em geral, mas à codificação, na Alemanha, devido ao momento histórico em que se encontrava a Alemanha. Mas Norberto Bobbio alerta, com pertinência, que se a oposição de Savigny à codificação não fosse absoluta, ele teria indicado, em sua obra, as circunstâncias históricas favoráveis à codificação, o que nunca foi feito (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Mário Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 60-61).

²³⁷ THIBAUT, Friedrich Justus apud BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Mário Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 58, grifo nosso.

²³⁸ Norberto Bobbio registra que Thibaut também faz constar, em sua obra, o referido mote, o que respalda a afirmação da influência kantiana na sua obra.

²³⁹ KANT, Immanuel apud BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Mário Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 60.

Cumpra registrar, por fim, que Savigny entendia a maturidade do **direito** como a passagem do **direito** das mãos dos sacerdotes para as mãos dos juristas laicos (cientistas do **direito**), de modo que, mesmo em uma fase madura, a codificação do **direito** não seria necessária porque o **direito** seria perfeitamente realizado através da elaboração, pelos juristas, da Ciência do **Direito**.

Ambas as teorias apontam, todavia, sua auto-debilidade, considerando que, já no século XVIII, o juiz não precisava do prévio consenso das partes para que a sentença fosse considerada obrigatória, de modo a estar no juiz, e não no **contrato** ou no **quase-contrato**, a suposta **natureza** do **processo**, entendida como aquilo que promove a causação eficiente (motora) do ser, como afirmava Aristóteles.

4.3 Processo como relação jurídica

Uma primeira guinada teórica para a defesa da “**natureza**” pública do processo ocorre com Oskar von Büllow, que procurou trabalhar a autonomia do Processo em relação ao direito material. Para esse autor, que exerce, até o presente, imensa influência na elaboração dos códigos do mundo inteiro, o desenvolvimento do processo foi pensado em uma relação entre juiz e as partes, relação essa que pertence ao direito público:

[...] desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las torna en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia al derecho público y el proceso resulta, portanto, una relación jurídica publica.²⁴⁰

A concepção büllowiana de processo parte da análise da importância da magistratura na criação do direito²⁴¹, defendendo o reforço do poder da classe dos juizes, o que explica a sua ruptura com as teorias que afirmaram o processo como **contrato** e **quase-contrato**. Na explicação de André Cordeiro Leal:

²⁴⁰ BÜLLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. p. 2.

²⁴¹ A pesquisa de André Cordeiro Leal nos informa que o propósito de Büllow foi apresentar, com base em uma releitura do direito romano, “fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municiando, com isso, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados em Roma” (LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 46).

Toma-se compreensível, nesse passo, o motivo pelo qual o processo não poderia mesmo ser abordado por Büllow sob as perspectivas privatísticas do contrato ou quase-contrato, mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes. Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.²⁴²

Essa é a razão pela qual se pode afirmar que o processo, como **relação jurídica**, desde Büllow, aparece como **instrumento da jurisdição**, entendendo-se essa pela atividade de criação do direito, pelo julgador, em nome do Estado.

A obra de Büllow, contudo, como bem alertou André Cordeiro Leal, sugere um **paradoxo (o paradoxo de Büllow)**. O paradoxo reside no fato de que Büllow “não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, ‘emocional’ ou ‘sentimental’”²⁴³. Esse paradoxo, que se fez presente na obra de processualistas que o sucederam e ainda se faz, na perspectiva da teoria instrumentalista do processo, é o ponto alvo de nossa exigência de romper, também, com a **natureza do processo** como **relação jurídica**, porque o processo, sob uma tal compreensão (subordinação das partes ao poder do juiz), esteve (está) absolutamente apartado de qualquer resposta científica o problema da legitimidade da decisão jurídica, nas democracias.

Aliás, ao contrário, percebe-se com clareza como as premissas de Büllow se prestaram à sustentabilidade do paternalismo do Estado Social. Como leciona André Cordeiro Leal:

Toma-se igualmente possível, a partir desses aspectos, compreender a maneira pela qual a teoria bulloviana daria suporte ao desenvolvimento do Estado Social, o qual pressupõe, como Büllow, o Estado como ente destinado a zelar pelo povo (comunidade vivente) e acomodar suas aspirações nacionais, como promessas de acatamento de seus valores, pouco importando o risco que tal implique às liberdades individuais. Toda tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bulloviana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o **paradoxo**.²⁴⁴

Pela mesma razão não pode prosperar a tese da escola instrumentalista do processo,

²⁴² LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 44.

²⁴³ LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 45 e ss.

²⁴⁴ LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 48.

sobre a compatibilidade do teoria da **relação jurídica** com a **garantia do contraditório**²⁴⁵, confinada à sustentação de Büllow como fundador da ciência processual contemporânea. Büllow, não é, contudo, o fundador da ciência processual atual. Ao contrário, ele é o “inaugurador de uma vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz”²⁴⁶.

Por todo o exposto, a **natureza** do processo como **relação jurídica** também não se presta a uma compreensão democrática do processo e do direito.

4.3.1 Influência da teoria büllowiana – o problema da distinção entre processo e procedimento

Essa teoria, sem dúvida, influenciou o pensamento de autores como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, que, cada um a seu modo, a requintaram conceitualmente. E, embora seja freqüente a afirmação de que essa teoria se destacou por fazer a distinção²⁴⁷ entre *processo* e *procedimento*, tal distinção, na verdade, inexiste, como se pode ilustrar, a título de exemplo, à luz das teorias de Chiovenda e Carnelutti.

Giuseppe Chiovenda afirma que “o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”²⁴⁸, esclarecendo que: 1) o processo civil desenvolve uma atividade de órgãos públicos destinados ao exercício de uma função estatal; 2) essa atividade consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende ver garantido por essa vontade legal; 3) a vontade da lei não consiste na determinação ou criação dessa vontade, como sustentaram muitos escritores; 4) situado o objetivo do processo na atuação da vontade da lei, exclui-se que se possa localizá-lo na defesa do direito subjetivo.

É certo, para Giuseppe Chiovenda, que a defesa do direito subjetivo constituirá o escopo, individual e subjetivo, do autor. O processo, entretanto, visa à atuação da lei, de modo que o

²⁴⁵ Sobre o assunto, discutindo as teses da compatibilidade, sustentada por Cândido Rangel Dinamarco, e a tese da incompatibilidade (LAGES, Cíntia Garabini. Direito-garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. II, p. 85-104).

²⁴⁶ LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 49.

²⁴⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 145.

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. I, p. 56.

escopo do autor e do processo só coincidirão na hipótese de ser fundada a demanda. Esclarece, ainda, que, juridicamente, “a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”²⁴⁹, o que deve ser respeitado mesmo na hipótese de erro, sob pena de destruição da coisa julgada.

Desses esclarecimentos resulta a definição do objeto do processo, a saber, “a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação”²⁵⁰.

Logo, o complexo de atos que constitui o processo não é um complexo de atos qualquer, dissociados, independentes, mas uma “uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome de processo”²⁵¹.

Pontuado isso, Giuseppe Chiovenda afirma que cada legislação insere formas diversas de tutela jurídica, encontrando-se, em cada legislação, “*um processo de cognição*”, “*de conservação*” e de “*execução*”²⁵². Essa afirmação permite verificar que ele não faz uso da terminologia *procedimento*, o que só confirma que, embora os adeptos²⁵³ da teoria do processo como relação jurídica afirmem que essa teoria teria se destacado por fazer a distinção entre *processo* e *procedimento* tal distinção nem sempre aparece.

Em Giuseppe Chiovenda, o termo *procedimento* muito rapidamente quando ele vai dizer da participação dos interessados no processo, senão vejamos:

Normalmente o processo se desenvolve com a participação ativa de todos os interessados. Por exceção, pode ocorrer um processo em que parte não apresenta em juízo e os atos se desenvolvem sem o seu concurso (processo à revelia). Todas essas atividades e situações estão sujeitas a determinadas regras concernentes ao seu modo de expressão, ao conteúdo, ao tempo, ao lugar (prazos e formas processuais), e têm uma seqüência ordenada em lei, que se chama procedimento.²⁵⁴

Para Giuseppe Chiovenda, portanto, procedimento é a seqüência do desenvolvimento dos atos no processo, sem que seja dada qualquer importância, nas Instituições de Direito

²⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 64.

²⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 71.

²⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 72.

²⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 72.

²⁵³ Cf., por exemplo: ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 145.

²⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 73

Processual Civil, à distinção entre processo e procedimento, tampouco apontada qualquer consideração substancialmente relevante para que se atente para essa distinção.

Aliás, a atenção de Giuseppe Chiovenda está centrada no conceito de processo, não somente porque seja considerado uma unidade (já que os diversos atos que o compõem estão associados a um objetivo comum), mas porque essa unidade, sob a herança bullowiana, constitui uma **relação jurídica**, seja uma relação jurídica de cognição, seja de execução, seja de conservação.

Em Francesco Carnelutti, por sua vez, *procedimento* é definido como a “coordenação de atos que tendem a um efeito jurídico comum”²⁵⁵. A unidade do efeito, entretanto, não exclui a diversidade e independência da causa dos atos coordenados no procedimento, sendo isso, inclusive, o que distingue *procedimento* de *ato complexo*. O segredo, segundo o autor, e essa é, no seu entender, a alma do conceito de *procedimento*, é saber de que maneira a unidade do efeito pode ser conciliada com a independência da causa.

Esta possibilidade se resolve em que não se pode alcançar um efeito sem uma sucessão de atos, dos quais o primeiro torna possível o segundo, o segundo torna possível o terceiro e assim sucessivamente, até o último, ao qual vai unido o efeito desejado; em outras palavras, a independência da causa dos atos singulares não exclui o efeito comum, enquanto se trata para cada um de tais atos, menos para um (o último), de um efeito mediato através de um efeito próprio do ato em si. Tal caráter se acha perfeitamente refletido no significado da palavra “procedimento”, a qual denota a idéia de avançar de um ato a outro como se procede, um passo atrás do outro, em direção à meta.²⁵⁶

Logo, enquanto no *ato complexo* cada um dos atos singulares está ligado diretamente ao efeito comum, através da causa única, no *procedimento*, cada ato, menos o último, se relaciona com o efeito mediamente, através do efeito dos atos sucessivos. E, ainda, enquanto no *ato complexo* o efeito comum é independente do efeito de cada ato singular, no *procedimento* essa independência de efeitos não existe. Desse modo, Francesco Carnelutti esclarece a conveniência de se falar, no âmbito do *procedimento*, de um “efeito final”, terminologia que, segundo o autor, é melhor que “efeito comum”, utilizada para os *atos complexos*.

Servindo-nos da metáfora geométrica adotada por Francesco Carnelutti, a idéia do *ato complexo* faria lembrar o círculo, enquanto a do *procedimento* faria lembrar a linha reta: “todos os pontos ou segmentos da linha circular estão unidos independentemente em torno do centro,

²⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 19.

²⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 20.

enquanto que, de um extremo ao outro da linha reta, não se passa a não ser através dos pontos intermediários”²⁵⁷. Assim, nesse primeiro momento, Francesco Carnelutti afirma que os atos reunidos no procedimento devem ser entendidos não precisamente como parte de um todo, mas como fases de um desenvolvimento ou como etapas de um caminho.

Existe, todavia, no dizer de Francesco Carnelutti, uma “diferença entre o somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio, e a ordem e a sucessão de sua realização: o primeiro desses conceitos é denotado com a palavra processo, o segundo com a palavra procedimento”²⁵⁸.

Embora pareça uma diferença sutil e, comumente, haja um uso indistinto desses termos, Francesco Carnelutti atenta para a necessidade de se levar em consideração a distinção, pretendendo apontar a radicalidade da diferença qualitativa desses conceitos:

A diferença qualitativa entre os dois conceitos é tão profunda que chega a refletir-se em uma diferença quantitativa, que se pode expressar considerando o processo como continente e o procedimento como conteúdo: na realidade, se um único procedimento pode esgotar o processo, é possível e, até freqüente, que o desenvolvimento do processo aconteça através de mais de um procedimento; o paradigma desta verdade oferece-nos a hipótese, absolutamente normal, de um processo que chega a seu fim, através do primeiro e do segundo grau; e, como se verá, nos dois graus acontecem dois procedimentos, que se resumem em um só processo.²⁵⁹

Só que, aqui, aparece uma primeira dificuldade, a saber: como conciliar a afirmação de que o processo é *continente*, ou seja, “*aquilo que contém algo*” e o *procedimento* é “*conteúdo*”, com aquela acima formulada, no sentido de que “*o somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio*” é *processo*, ao passo que “*a ordem e a sucessão de sua realização*” é *procedimento*?

Em outros termos: como a ordem é o conteúdo, se ordem é “disposição conveniente dos meios para se obterem os fins”? E, ainda: como o “somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio” é o continente, se atos são “acontecimentos”?

Essa distinção, como esclarece Francesco Carnelutti não oferece, quanto à substância (**natureza**), qualquer novidade, primeiro porque já se falava, em geral, em fases do processo; segundo, porque Francesco Carnelutti não considera incorreto o modo de falar em “*fases do processo*”, concebendo-o, apenas, como um termo vago.

²⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 20.

²⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 20.

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 21.

Resta, ainda, no texto de Francesco Carnelutti, uma outra dificuldade, senão uma contradição quanto à terminologia, ao menos quanto à metáfora geométrica, utilizada para distinguir *atos complexos* de *procedimento*, já que o autor passa a falar em procedimento como “ciclo”, senão vejamos:

O que interessa é nos darmos conta de que a combinação dos atos necessários para a obtenção do efeito comum dá lugar a um ciclo, que se chama procedimento. Não se diz que tal ciclo seja suficiente para conseguir por si só o resultado final, constituindo assim o processo, já que este pode exigir mais do que um ciclo, ou seja, mais de um procedimento.²⁶⁰

Ora, se o *procedimento* for uma reta, como outrora mencionado, reconhece-se espaço para uma transformação cujo estado inicial é diferente do estado final. Ao passo que se o *procedimento* for um ciclo, incapaz de atingir, por si só o resultado final²⁶¹, o *processo* é que será a linha reta na qual estarão contidos os ciclos necessários à obtenção do resultado final, embora esvaziados de finalidades próprias. Logo, a idéia de *procedimento* é, no *Sistema de Direito Processual Civil* carneluttiano, dependente da idéia de *processo*, para que se possa pensar o resultado final a ser atingido, que, não diversamente do pensamento bullowiano, é o da decisão (composição da lide), pelo juiz.

Em ambas as teorias, pois, não há qualquer distinção entre **processo** e **procedimento**, ao contrário, o que existe é uma enorme confusão conceitual construída em torno de atos complexos, retas e círculos, o que culmina na afirmação, nada elucidativa, de que **procedimento** é a manifestação fenomênica do processo, como se o processo fosse um dado noumênico, abstrato ou imaginário. Mesmo no que alguns chamam de “*nova era do processo civil*”, permanecem as categorias conceituais imaginárias, como se vê na afirmação de Dinamarco: “venho afirmando que existe um eixo imaginário interligando o pedido, contido na demanda inicial do autor, e o dispositivo sentencial, em que ao pedido é dada uma resposta positiva ou negativa”²⁶².

Essa idéia de “eixo imaginário” se presta bem à ilustração da relação pensada pelos adeptos dessa escola entre processo e jurisdição, os quais afirmam que o processo é instrumento da jurisdição.

²⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4, p. 21

²⁶¹ É curioso atentar para o fato de que, do ponto de vista físico-geométrico, aqui lembrado porque Carnelutti faz menção a uma metáfora geométrica, ciclo é “qualquer transformação cujo estado inicial é igual ao final”, ou, em outros termos, no ciclo, na acepção geométrica, o lugar do início é o lugar do fim, concepção essa que não parece muito interessante seja para o conceito de procedimento, seja para o de processo.

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35.

A teoria do processo como relação jurídica começou a ser questionada “quando o pilar do conceito de relação jurídica, o direito subjetivo, nas dimensões concebidas no século passado, foi posto em questão”²⁶³.

Ademais, como ensina Aroldo Plínio Gonçalves:

não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.²⁶⁴

4.4 Processo como situação jurídica

Outra significação para o termo **processo** é a elaborada por Goldschmidt, na Alemanha, em 1925, que o define como **situação jurídica**. Tal definição, segundo Goldschmidt, se deve a Köhler, embora afirme fazer um uso totalmente distinto do sustentado por esse, seja em relação à situação **jurídica** de **direito** material²⁶⁵, seja inovando em relação à aplicação da situação **jurídica**, também, ao **direito** processual.

Para esse processualista, a norma **jurídica** tem, por um lado, uma **natureza** estática (material), quando representa um imperativo para o cidadão, e, por outro, uma **natureza** dinâmica (processual), quando possui o mister de **orientar o juiz** em sua função jurisdicional, sem que o ato decisório tivesse que refletir os argumentos construídos no **processo**. Assim, a norma **jurídica** aparece como a promessa de uma sentença favorável ou a ameaça de uma sentença desfavorável, de modo que a sentença apenas teria que resolver um conjunto de situações **jurídicas**, não precisando estar em consonância com o **processo**.

O problema reside exatamente aqui porque, considerando que **situação** é um termo que deriva do verbo latino *situāre* (situar) que, por sua vez, significa **colocar, estabelecer, pôr**²⁶⁶, uma tal significação, associada ao termo **jurídica** deveria implicar, necessariamente, em uma inserção de juridicidade, na decisão. Ou seja, **situação jurídica** não poderia dizer respeito tão

²⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 71.

²⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 98-99.

²⁶⁵ “Mas esta aplicação do conceito da situação jurídica ao direito material é totalmente diferente da de Köhler. Para esta aplicação, o direito subjetivo privado tem de sofrer uma dupla metamorfose: em primeiro lugar, a transposição em uma exigência de proteção jurídica; em segundo lugar, a redução desta exigência a mera expectativa ou possibilidade processual” (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 48).

²⁶⁶ Verbete: Situação. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 728.

somente às situações de **direito** material a serem resolvidas, mas também e, sobretudo, já que o **processo** foi definido como tal, à sentença a ser proferida.

O conceito de **situação jurídica** se diferencia do de **relação jurídica**, segundo Goldschmidt, pelo fato de, no conceito de **relação jurídica**, não se estabelecer qualquer relação com o **direito** material, que, para esse autor, é o objeto do **processo**, enquanto o conceito de **situação jurídica** designa a **situação** em que a parte se encontra com respeito ao seu **direito** material²⁶⁷, quando o faz valer processualmente. A distinção estaria, pois, no fato de que a **situação jurídica** “não é, uma mera situação da relação processual, senão do **direito** material que constitui o objeto do **processo**”²⁶⁸.

Embora a teoria da **situação jurídica** tenha evoluído de sua consideração como complexo de normas para uma **situação** constituída por fatos e atos que a lei reconhece como idôneos para sua promoção²⁶⁹, Goldschmidt, como alerta Rosemiro Pereira Leal, não assinalou que a sua teoria projetava um **processo** estruturado em situações **jurídicas** egressas, todas elas, do complexo de normas ou de atos reconhecidos em lei prévia²⁷⁰.

Isso nos permitiria dizer que há, na obra de Goldschmidt, a presença do conceito de **natureza** como aquilo que antecede o **Direito**. Aliás, diga-se de passagem, outra não é a significação da palavra alemã *Zustand* que designa o termo **estado de natureza**, estado aí como sinônimo de **situação de natureza**, diversamente do significado de *Stat*, que é o Estado.

Como anota Rosemiro Pereira Leal, se são devidos méritos a Goldschmidt por romper com a escola privatística e ortodoxa da **relação jurídica**, segundo a qual há vínculos subjetivos de subordinação, em que o juiz tem poderes na condução do **processo**, por outro lado, Goldschmidt concebeu a significação do **processo**, como **situação jurídica**, em moldes de realização do **processo** pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um *duelo* entre partes, como se fosse um jogo das partes, em busca da vitória²⁷¹.

Logo, o problema da concepção goldschmidtiana de **processo** está no fato de o **direito** subjetivo, que ele tanto combateu, ter migrado, em sua teoria, para a atividade jurisdicional do

²⁶⁷ Como anota Aroldo Plínio Gonçalves: “Em todas as propostas, a teoria das situações **jurídicas** se estruturou não como vínculo jurídico entre dois sujeitos, com o poder de exigibilidade de um sobre a conduta do outro. A situação jurídica forma-se por fato jurídico ou ato jurídico, produzindo segundo a lei que governa a Constituição. E uma vez constituída, é ela o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, direitos e deveres que não se confinam mais no plano abstrato e genérico da norma, mas que se realizam na situação de um determinado sujeito” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 88).

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 22.

²⁶⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 93.

²⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 93.

²⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 94.

juiz, já que esse poderia emitir sentença **sem nexó jurídico de causalidade imperativa** com as situações criadas pelas partes no curso do **processo**.

Como explica Rosemiro Pereira Leal:

Para Goldschmidt, o juiz, ao errar, não violava a lei processual. Em sendo o **processo** um meio de seu livre manejo, incorreria o juiz nas sanções das leis materiais criminais ou civis, jamais processuais, porque, diz ele, não gera ‘conseqüências processuais, senão criminais ou civis, a conseqüência **jurídica** de uma infração da lei cometida pelo juiz’. Por fim, para Goldschmidt, o **processo** era uma forma alegórica de canteiro judicial em que as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador.²⁷²

4.5 Processo como instituição

Outra inovação teórica, em relação à **natureza** do **processo** como relação **jurídica** foi a teoria de Guasp, que a definiu como instituição **Jurídica**, embora essa teoria nem sempre seja mencionada entre os processualistas brasileiros²⁷³.

Rosemiro Pereira Leal afirma que “sequer se poderia nominar esta escola de teoria do **processo** como instituição **jurídica**, porque o espanhol Guasp [...] idealizou essa teoria sob o impacto do sociologismo reinante na época”²⁷⁴. No mesmo sentido, José Eduardo Carreira Alvim, para quem “Guasp foi buscar, fora da ciência do **direito**, a explicação para a **natureza jurídica do processo**”²⁷⁵, adotando um conceito de instituição **jurídica** criada e consolidado no âmbito das ciências sociais.

De fato, esta é uma das críticas que se faz a Guasp, ou seja, ter fundamentado sua teoria em bases eminentemente sociológicas transportando-as para o campo jurídico-processual.

Manuel Gaudinho da Paixão Júnior, por sua vez, ressalta que segundo os formuladores da corrente, a teoria tem a grande virtude de se basear em fatos sociais ²⁷⁶. Porém, quais seriam estes fundamentos sociológicos, louváveis para uns, inaplicáveis para outros?

²⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 94.

²⁷³ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em sua *Teoria Geral do Processo*, enumera cinco teorias do processo, a saber: processo como contrato; processo como quase-contrato; processo como relação jurídica; processo como situação jurídica; processo como procedimento em contraditório (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 236); Humberto Theodoro Júnior, sequer cita outra teoria do processo além da Relação Jurídica, talvez se valendo do fato de a maioria da doutrina ainda ser adepta da mesma (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997).

²⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 79.

²⁷⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137.

²⁷⁶ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 144.

Segundo Jaime Guasp, para conseguirmos explicar a “função” (finalidade) do **processo** devemos partir de uma base sociológica insubstituível, qual seja, que o homem é um ser co-existente (um ser social), que atinge sua plenitude em contato com o semelhante (outro ser humano), mas que este mesmo contato lhe faz sofrer, porque através dele comprova a própria limitação; esta tensão é geradora de uma insatisfação, denominada *insatisfação social* (chega a afirmar que *o homem é um animal insatisfeito*). A exteriorização desta é a reclamação, a queixa (uma das atitudes sociais básicas do homem), que configura uma *pretensão social*, que perambula no ambiente social exigindo uma *resposta* (uma consideração-resolução do problema social gerador da insatisfação)²⁷⁷. O **Direito** processual se encarrega de transformar esta reclamação (*pretensão social*) em “pretensão **jurídica**”, que seria a reclamação do cidadão frente ao órgão público²⁷⁸. A pretensão **jurídica** seria o reflexo ou a substituição da pretensão social²⁷⁹. Ángelis esclarece ainda que “a função **jurídica** do **processo** consiste imediatamente na modificação de seu objeto, transformando a **insatisfação** em **satisfação**”²⁸⁰.

Convém ressaltar que Jaime Guasp após dividir as teorias do **processo** em dois grandes grupos, as de caráter predominantemente sociológico e as de índole predominantemente **jurídica**, afirma não ser possível encontrar nelas um verdadeiro e adequado conceito do **processo**, motivo pelo qual, faz-se necessário usar uma base dupla, por um lado, sociológica, de onde se retira o dado social ao qual o **processo** estará vinculado, e por outro, **jurídica**, que esclarecerá qual o tratamento dispensado pelo **direito** ao material sociológico vinculador do **processo**. Portanto, Jaime Guasp entende que sua teoria é, na verdade, sociológico-**jurídica**²⁸¹.

Na mesma senda das observações sobre a **natureza** sociológica da teoria de Jaime Guasp, alguns chegaram a denominá-la *existencialista*, dizendo que se tratava de uma derivação do *existencialismo*. Jaime Guasp, evidentemente, refutou tal assertiva, primeiramente porque dizia- não reduzia a problemática humana apenas a sua dimensão existencial, nem a existência do homem a uma plena insatisfação, e também porque a ideia de *insatisfação*, na qual se fundamenta, não é uma ideia irracional e vitalista, sem conteúdo lógico e volitivo. Conclui sugerindo que dever-se-ia falar em *humanismo*, não em *existencialismo*.²⁸²

²⁷⁷ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 39.

²⁷⁸ ÁNGELIS, Dante Barrios de. **Introducción al estudio del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983. p. 55.

²⁷⁹ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 43.

²⁸⁰ ÁNGELIS, Dante Barrios de. **Introducción al estudio del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983. p. 64, tradução nossa, grifo nosso: “[...] la función jurídica del proceso consiste inmediatamente, en la transformación de su objeto, convirtiendo la insatisfacción en satisfacción”.

²⁸¹ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 38.

²⁸² GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 40, nota 37.

Guasp construiu sua teoria do **processo** sobre duas ideias fundamentais: a ideia do **processo** como *satisfação de pretensões* e a ideia do **processo** como *instituição*.²⁸³ Mas, o que é *instituição* para Guasp? Seria o mesmo conceito que damos hodiernamente ao vocábulo? É um *agrupamento de institutos e princípios que guardam unidade e afinidade lógico-jurídicos no discurso legal* como preconiza Rosemiro Pereira Leal em sua Teoria Neo-Institucionalista do **Processo**?²⁸⁴ É certo que não. Couture, no capítulo “El Proceso como Institución”, do livro “Fundamentos del Derecho Procesal”, publicado na obra de Jacy de Assim, afirma que a ideia de que o **processo** é uma instituição já estava presente no pensamento de vários escritores franceses (Renard, Hauriou, Delos e Gurvitch), e que estes, sem terem conhecimentos mais aprofundados sobre teoria geral do **processo**, o identificaram como uma das inúmeras instituições **jurídicas**. Foi nestes autores que Guasp se apoiou para desenvolver sua teoria.

Desta forma, Guasp conceitua instituição como o complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia objetiva comum, que é o deferimento ou não da “pretensão”, ou seja, da declaração de vontade (reclamação) do cidadão que solicita uma atuação de um órgão jurisdicional.²⁸⁵

No que tange à jurisdição, Guasp esclarece que a função de jurisdição não pode ser outra que não a função de satisfação de pretensões. Essa afirmação, se considerada exata, permite, segundo Guasp, harmonizar o papel da função jurisdicional com o próprio conceito de **processo**, proporcionando conclusões unitárias, isto é, sistemáticas em torno das figuras processuais.

No que respeita ao objeto do **processo**, a pretensão processual é esse próprio objeto. No que pertine ao nascimento, desenvolvimento e término do **processo**, a significação da pretensão tem o seu maior valor para uma sistemática processual.

No que respeita aos efeitos do **processo**, o valor da pretensão processual se reporta ao que Jaime Guasp denomina “fenômeno transcendental” da coisa julgada.²⁸⁶ Para Jaime Guasp, a teoria da pretensão processual não faz senão repetir, com sua peculiar terminologia, o mesmo princípio definidor da coisa julgada, como a impossibilidade de que se formule em novo juízo uma nova pretensão já decidida, ou que se decida uma pretensão processual em sentido distinto de como foi resolvida em um **processo** anterior, donde resulta que a concepção da pretensão processual é o fundamento da coisa julgada. A pretensão processual é, então, o centro de

²⁸³ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 16, nota 4.

²⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 175.

²⁸⁵ ASSIS, Jacy. **Couture e a teoria institucional do processo**. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1961. p. 17.

²⁸⁶ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 97.

gravidade da teoria processual, em torno do qual giram e se fundamentam todos os conceitos do sistema processual, segundo Guasp.

4.6 Processo como procedimento em contraditório

Foi com Elio Fazzalari que ocorreu o início de uma guinada teórica radical em torno conceituação do **processo**. Ele inicia a abordagem acerca de *procedimento* e *processo*, sob o subtítulo “dois fenômenos e duas funções”, registrando que o emprego apropriado dos dois termos é tardio. As maiores contribuições para a alteração do conceito de *procedimento* advêm do **Direito** Administrativo, embora a doutrina processual não tenha assimilado a mudança do conceito de *procedimento* para a redefinição adequada do conceito de *processo*, continuando presa ao antigo modelo do **processo** como relação **jurídica**, o que foi denominado, por Elio Fazzalari, de “*vecchio e inadatto cliché pandettistico*”²⁸⁷.

A distinção entre procedimento e **processo** proposta por Elio Fazzalari rompe com a clássica distinção baseada no critério teleológico²⁸⁸, a qual atribuía finalidades ao **processo** e considerava o procedimento desprovido delas, como ato meramente formal. Essa é, aliás, a posição ainda predominante na doutrina processual brasileira, na qual o procedimento é “técnica” enquanto o **processo** é o instrumento através do qual a jurisdição atua²⁸⁹.

Elio Fazzalari, diversamente, propõe uma relação lógica entre os conceitos de procedimento e **processo**. Por esse critério, as características do procedimento e do **processo** não são investigadas em razão de elementos teleológicos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico.

Sobre o procedimento, leciona Elio Fazzalari:

Il procedimento si presenta , poi, come una sequenza di ‘atti’, quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di ‘facoltà’, ‘poteri’, ‘doveri’: quante e quali sono le ‘posizioni soggettive’ che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo

²⁸⁷ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 75.

²⁸⁸ “A linha doutrinária que separa o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico, pelo qual se atribui finalidades ao processo e se considera o procedimento delas destituído. Nela, o procedimento é “puramente formal”, algo que tanto pode ser uma técnica, como os atos de uma técnica, como a ordenação de uma técnica, enfim, separa-se do processo como idéia impregnada de finalidades por ser estranha a qualquer teleologia” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 64).

²⁸⁹ “O processo é esse conjunto ou complexo de atos praticados pelos sujeitos processuais, segundo uma disciplina imposta por lei (processual), para, assegurada a unidade do conjunto e o fim a que está coordenado, obter-se a solução (jurisdicional) da lide, mediante a atuação da lei (material). [...] O procedimento é o modus operandi do processo” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 241).

dhe, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l'esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere).²⁹⁰

Mas, como já tentara esclarecer Francesco Carnelutti, o procedimento não é simplesmente um “ato composto” ou um “ato complexo”:

Il procedimento si distingue chiaramente dall' ‘atto composto’ e dall' ‘atto complesso’: come si è detto, questi ultimi sono ‘combinazioni’ di norme che regolano, appunto, un único atto – o, se si preferisce, una sola fattispecie –, mentre il procedimento non è profilabile come fattispecie unitaria: piuttosto – ma il rilievo è ovvio – è possibile, e spesso accade, che l'atto finale di un procedimento sia un atto complesso o un atto composto.²⁹¹

Quanto ao *processo*, ele é um *procedimento* do qual participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, não bastando, para definir o *processo*, a relação entre sujeitos interessados, sendo determinante que eles estejam em contraditório.

Il **processo** è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: **in contraddittorio**, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività. Non basta, per distinguere il **processo** dal procedimento, il rilievo che nel **processo** vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere non dal solo autore dell'atto finale, ma anche da altri soggetti. Come rilevato, quando si parla di procedimento ‘plurisoggettivo’ ci si riferisce allo schema di attività in sequenza, poste in essere da più soggetti, ma lo si distingue dallo schema del vero e proprio **processo**. Del resto, nessuno ritiene che la partecipazione del privato consistente nella richiesta della licenza di caccia e quella dell'organo consultivo che fornisce all'autore del provvedimento il proprio parere trasformino il procedimento in **processo**. Occorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l'osservazione degli archetipi del **processo** consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè appunto, il contraddittorio.

Tale struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella **simetrica parità** delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione del provvedimento); nella rilevanza delle medesime per l'autore del provvedimento: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di rezioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati.²⁹²

Logo, há **processo** sempre que houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, em simétrica paridade na participação dos atos que preparam o provimento.

²⁹⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 79

²⁹¹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 79.

²⁹² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 82, grifo nosso.

C'è, insomma, '**processo**' quanto in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto; i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare.²⁹³

Assim, nem toda atividade que prepara um provimento, seja administrativa, seja jurisdicional, é **processo**. Pois, se o contraditório dela estiver ausente, **processo** não é. Nesse caso, por exemplo, a jurisdição voluntária é classificada por Elio Fazzalari como *procedimento*, mas não como **processo**: “L'essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un 'interessato' e un 'controinteressato': sull'uno dei qual l'atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull'altro effetti pregiudizievoli”²⁹⁴.

O **processo** é, sob essa matriz teórica, um procedimento em contraditório, havendo, portanto, do ponto de vista lógico-conceitual, uma dependência do **processo** em relação ao procedimento, já que **processo** é procedimento, quando em contraditório.

Desse modo, mister reconhecer que, a despeito de não ser Elio Fazzalari o primeiro a falar em contraditório, ninguém, antes, fez desse elemento a condição lógico-interna do próprio conceito de **processo**, de modo que a finalidade do **processo** não pode ignorar a realidade na qual se prepara e constrói o provimento.

Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

A finalidade do **processo** jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do **processo**, como procedimento, desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera dos seus direitos. A estrutura do **processo** assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação [...]. A instrumentalidade técnica do **processo**, nessa perspectiva do **Direito** contemporâneo, não poderá, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do **processo** está em que ele 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.²⁹⁵

4.7 Teoria constitucionalista do processo

A guinada de um constitucionalismo antigo (**naturalizado**) para um constitucionalismo

²⁹³ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 83.

²⁹⁴ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 86.

²⁹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 171.

moderno²⁹⁶ trouxe, sem dúvida, a caracterização de um novo modelo de vida pública. Como explica Rodolfo Viana Pereira:

Se o constitucionalismo antigo se caracterizou, em geral, por uma certa concepção **organicista e determinista** de convivência pública, em que o corpo coletivo se impunha como instância hegemônica em face do indivíduo e cujo amálgama de direitos advindos seja da **tradição costumeira**, seja das dispersas declarações de estamento, não possuía instrumentos eficazes de proteção, o constitucionalismo moderno vai significar a proposta de **fundar** o poder e a autoridade – portanto também o Estado – em bases legais, surgindo a Lei e a **Constituição como símbolos de racionalidade aptas ao trabalho hercúleo de proteção à esfera individual**.²⁹⁷

A Constituição moderna representa, então, um documento que expressa exigências, visando a garantir a racionalização da estruturação, regulamentação e controle do poder, como corolário, garantir o espaço de desenvolvimento do indivíduo, notadamente através de uma declaração de **direitos** (humanos/fundamentais).

O indivíduo assume na Modernidade, o papel de “unidade ética”, medida do *ethos* social a ser construído sob a ótica da nova filosofia da modernidade e a Constituição passa a ser símbolo dessa nova filosofia política, vindo a assumir a forma escrita como exigência da perspectiva de **segurança** e garantismo que se instaura na modernidade.

Esse foi, então, o modelo eleito para se objetivar as conquistas constitucionais modernas – a constituição escrita – reconhecendo-se vários motivos para a prevalência desse sobre o modelo anterior, como aponta José Alfredo de Oliveira Baracho:

- a) a crença na superioridade da Constituição escrita sobre a Constituição costumeira por, justamente, atribuir maior certeza à conquista dos direitos;
- b) proporcionar a idéia de renovação do Contrato Social;
- c) representar um insuperável meio de educação política, difundindo entre os cidadãos o conhecimento dos seus direitos.²⁹⁸

Partimos dessa introdução exatamente porque o modelo constitucionalista do **processo** e a teoria neoinstitucionalista do **processo** carecem de uma compreensão da Constituição,

²⁹⁶ Não vamos inserir aqui, qualquer qualificativo terminológico que promova a idéia de uma oposição em relação ao termo **naturalizado**, utilizado para definir o constitucionalismo antigo, porque pretendemos demonstrar que uma compreensão essencialista dos **direitos** fundamentais acaba por devolver a constituição a um *locus naturalizado*, visão essa que destoa da nossa proposição teórica. Sobre a necessidade de arguir os significados equívocos dos termos “Estado”, “Poder Público” e “União” (LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008).

²⁹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 87-88, grifo nosso.

²⁹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das constituições escritas*, v. 60-61 apud PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 90.

embora não as tenha estabelecido de forma idêntica.

É exatamente com José Alfredo de Oliveira Baracho que os estudos do **Processo** como *instituição constitucionalizada* apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, reconhecido como *garantia* fundamental, tem sua origem, no Brasil. Em obra exemplar e pioneiramente emancipatória para o seu tempo, José Alfredo de Oliveira Baracho, já na introdução, afirma a necessidade de se refletir sobre a necessidade de remédios (garantias) processuais de tutela dos **direitos** fundamentais:

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais sentida. A ampliação dos meios de intervenção estatal leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais.²⁹⁹

José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, valeu-se do trabalho de grande estudioso sobre o tema Constituição e **Processo**, a saber, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio, que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando tal aproximação (Constituição e **Processo**)³⁰⁰.

No entanto, como alerta Rosemiro Pereira Leal³⁰¹, só recentemente é que, sob a denominação de “Modelo Constitucional do **Processo**” ficou explícita, por estudos de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera³⁰², que *o processo* passa a ser considerado uma *instituição constitucionalizada*. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

[...] ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o **Processo**, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido **processo** que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em **direito-garantia** impostergável e representativo das conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na

²⁹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 4.

³⁰⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 4-5, 6: “Essas análises, que têm em Héctor Fix-Zamudio grande estudioso, estão ligadas, também, ao Direito Processual Constitucional, quando o jurista mexicano continua obra começada por Eduardo Couture, através da contribuição latino-americana a estado que há muito eram feitos no direito anglo-saxão, por meio da rica jurisprudência sobre o *due process of law*” e “Héctor Fix Zamudio traçou retrospectivo da evolução da Justiça Constitucional, com exaustivo exame do controle da constitucionalidade dos atos da autoridade, com quadro geral das instituições protetoras das normas constitucionais, através de primoroso levantamento das mesmas em todos os Estados em que surgiram”.

³⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 98.

³⁰² ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile e italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997, cuja obra tem por objetivo abordar a Jurisdicionalidade Constitucional Derivada – seu dever-ser de conformidade com a normativa constitucional (ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997).

regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição. [...] ³⁰³

De fato, Ítalo Andolina, em obra conjunta com Giuseppe Vignera, defende que o art. 24 da Constituição italiana não diz respeito apenas à defesa formal ou técnica, de garantir um advogado ou defensor, mas também uma defesa substancial que garanta a efetiva participação das partes na formação da convicção do julgador ³⁰⁴.

Propondo uma compreensão e justificação do contraditório no modelo constitucional italiano ³⁰⁵, ressaltam esses autores que o art. 3º da Constituição italiana é suficiente para fundamentá-lo como princípio constitucional. Não bastasse, afirmam que o referido art. 24 se refere não à igualdade de partes, mas às partes e ao Estado. Nas palavras desses autores:

Concepito così il diritto all' difesa come garanzia riconosciuta alla parte nei confronti dei poteri attribuiti al giudice, emerge chiaramente la sua diversità concettuale rispetto all' garanzia dell' uguaglianza delle armi (ed al principio del contraddittorio in particolare, staticamente e/o dinamicamente inteso).

Mentre quest'ultima, per vero, nel paradigma costituzionale del **processo** civile rappresenta il cãnone disciplinare i rapporti tra le parti (id est: tra i titolari delle contrapposte pretese fatte valere apud iudicem), la garanzia della difesa integra invece, la formula organizzatoria delle relazioni riguardanti ciascuna parte lato) e il giudice (dall'altro lato). ³⁰⁶

Também o processualista Aroldo Plínio Gonçalves ³⁰⁷ confere ao contraditório o *status* de princípio constitucional, afirmando, ainda, ao contrário do que tentam argumentar autores brasileiros como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ³⁰⁸, que o **processo** como procedimento em contraditório não é compatível ³⁰⁹ com o

³⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 98-99.

³⁰⁴ Cf. nesse sentido, com suporte, dentre outros, em Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera o trabalho de: BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2004.

³⁰⁵ Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera afirmam que, depois de 1948, na Itália, o processo é elevado a um modelo único (um só paradigma – o paradigma constitucional do processo) de tipologia plúrima (pluralidade de procedimentos subordinados a esse paradigma).

³⁰⁶ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile e italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997. p. 174.

³⁰⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 148-149.

³⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁰⁹ Sobre as teses da incompatibilidade e da compatibilidade da categoria da relação jurídica com a garantia do contraditório, vide artigo: LAGES, Cíntia Garabini. Direito-garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. II, p. 85-104.

conceito de **processo** como relação **jurídica** pessoal:

Os conceitos de garantia e sujeição vêm de esquemas teóricos distintos, **de momentos sociais distintos**, de concepções distintas. Pela evolução do conceito de contraditório, a categoria da relação **jurídica** processual já não é logicamente admitida. Perante o contraditório, não se pode falar em relação de sujeição ou de subordinação; as partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do **processo**, de cuja preparação participam, e não ao juiz. A categoria da relação **jurídica** já não é própria para a concepção de **processo** centrada na garantia do contraditório, porque não é com ela compatível: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade garantida de participação.³¹⁰

Uma teoria constitucionalista do **processo** entende o **processo**, então, como modelo construído a partir da Constituição, porque os princípios fundamentam a decisão processual estão alojados em sede constitucional.

Uma tal característica, contudo, segundo Rosemiro Pereira Leal, não é suficiente para uma teorização do **processo**, na democracia discursiva, propondo, por isso, uma Teoria Neoinstitucionalista do **Processo**.

4.8. Teoria neo-institucionalista do processo

A teorias do **processo** como procedimento em contraditório e constitucionalista do **processo** foram deram grande contribuição para o reconhecimento do **processo** independente de bases metafísicas. Mas foi a grande contribuição para o reconhecimento do *locus* e do motricidade institutiva do **processo** está na **Teoria Neo-Institucionalista do Processo**, de autoria de Rosemiro Pereira Leal.

Cumprir dizer, antes de tudo mais, que a palavra **instituição** não tem, como esclarece o seu autor³¹¹, o significado **naturalizado** (sociológica e economicamente) que lhe deram Hauriou e Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos:

É que instituição não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas **leis** naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídico de **Processo**, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do **direito** ao advogado e do livre acesso a jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional

³¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 193, grifo nosso.

³¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 99.

por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido **processo** legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.³¹²

Tal teoria, nascida do comprometimento de Rosemiro Pereira Leal com a visão crítica popperiana, imprescindível à teorização do constitucional do **direito** democrático, apresenta-se como referente lógico jurídico de testificação de teorias do **processo** que se rotulam democráticas³¹³ e, como tal, se manifesta inacabada e exposta ao falibilismo próprio da teoria do conhecimento popperiana.

Rosemiro Pereira Leal esclarece, dentro dessa visão falibilista, que, nas democracias, a decisão tem que ser uma resultante dos argumentos produzidos em um espaço procedimental garantido às partes, o que, por um lado, estabelece uma nítida conexão teórica entre **Processo** e Cidadania, tendo em vista que o **processo**, como instituição constitucionalizada, “decorre de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgão de representação integral de um povo ficticiamente considerado”³¹⁴.

Nessa atividade legiferante, **exercida pelo povo**, está, segundo Rosemiro Pereira Leal, a diferença entre a teoria constitucionalista do **processo** e a teoria neoinstitucionalista do **processo**, na medida em que aquela, “entende o **processo** como modelo construído no arcabouço constitucional **pelo diálogo de especialistas** (numa Assembleia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal)”³¹⁵.

Essa é a razão pela qual uma Teoria Neoinstitucionalista do **Processo** apela apela para a uma atuação crítico-participativo das *partes* juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdição³¹⁶.

Logo, tomando-se como referência a definição aristotélica de **natureza** como o que faz com que uma coisa, ou as coisas, possua um “movimento” que lhes é próprio, a teoria neoinstitucionalista do **processo** é, verdadeiramente, a única das teorias do **processo**, dentre as examinadas, que afasta a idéia de uma **natureza** do **processo**, já que, por um lado, aloja no **povo** real a motricidade do **processo** e, por outro, na perspectiva da própria teoria, não se apresenta como algo acabado (essencializado=**natureza** como essência), mas em permanente reconstrução.

Do mesmo modo, ante à distinção tradicional do que “**o que é por natureza**” e “**o que**

³¹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 99-100.

³¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 159.

³¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 101.

³¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 100, grifo nosso.

³¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 101.

é **por convenção**”, estudada, em especial, pelos sofistas, para distinguir entre aquilo que tem um modo de ser que lhe é próprio e que cumpre conhecer tal como efetiva e “**naturalmente é**” e aquilo cujo ser ou modo de ser foi determinado de acordo com um propósito humano, o **processo**, na perspectiva da teoria neoinstitucionalista do **processo**, aparece como “**o que é por convenção**”, no sentido de ser determinado de acordo com um propósito definido pelo **povo**.

Como esclarece Rosemiro Pereira Leal:

Nessa conjectura, **a garantia de direitos pela instituição do Processo Constitucionalizado não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a Administração Pública de uma realidade econômico-social extra-ordenamental [natural]**, mas de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental.³¹⁷

Assim, o que se busca com uma *teoria neo-institucionalista do processo* é a fixação **constitucional** do conceito do que seja juridicamente **Processo** tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um *discurso* advindo do exercício permanente da cidadania, continuamente exercida em um espaço discursivo processualizado.

Essa fixação constitucional do conceito de **Processo** não pode, contudo, partir de uma concepção essencializada a própria Constituição, que levasse a crer que os princípios processuais nela alojados não tenham que passar, eles mesmos, pelo crivo do discurso processualizado. Atento essa exigência³¹⁸, Rosemiro Pereira Leal afirma, em proposição ainda mais avançada que aquelas formuladas inicialmente e publicadas na *Teoria Geral do Processo*, de sua autoria, que:

A teoria neo-institucionalista do **processo** conjectura, à sua compreensão, a pré-instalação de um pacto de significância (paradigma discursivo-lingüístico) como teoria da constitucionalidade (teoria axial), a regenciar e balizar a construção, aplicação e extinção do **direito** que reclama, por conseguinte, ao seu exercício, falantes di-lógicos (legitimados ao processo) que adotem princípios autocríticos: contraditório, ampla defesa e isonomia.³¹⁹

³¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 101, grifo nosso e observação nossa quanto ao termo natural.

³¹⁸ O que só confirma a nossa proposição de que a teoria neo-institucionalista do processo é a única que rompe com a idéia de natureza.

³¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 501.

5 DESCONSTRUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

5.1 Colocação do problema

A contradição é estudada, normalmente, sob a forma de um princípio, o **princípio da contradição**, também denominado **princípio da não-contradição**. Esse princípio é considerado, principalmente³²⁰, sob duas formas: ora como um princípio ontológico, quando se afirma ser impossível que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo, sob uma mesma relação, em outras palavras, o ser e o não-ser não podem ocorrer simultaneamente, sob uma mesma relação; ora como um princípio lógico, quando se diz que duas proposições contraditórias não podem ser simultaneamente verdadeiras nem simultaneamente falsas.

Do ponto de vista ontológico, após as conclusões expostas nos capítulos anteriores, acerca do significado de cada um dos termos **natureza**, **jurídica** e **processo**, inclinamo-nos a afirmar que há uma contradição entre os termos **natureza** e **jurídica**, bem como entre os termos **natureza** e **processo**. Alguma coisa não pode ser natural e **jurídica**, ao mesmo tempo, porque o **direito** é um **não-ser** da **natureza** – **o que é por convenção**. Do mesmo modo, alguma coisa não pode ser **natural** e **processual**, ao mesmo tempo, porque o **processo** é exatamente o que aparta o **direito** da **natureza**.

Considerando que os termos **natureza jurídica** e **processo** não estão, do ponto de vista lógico, relacionados de modo a formarem uma proposição, dotada de sentido, é preciso apresentar, pois, as proposições³²¹ que dão origem à contradição à qual nos referimos, porque a contradição se refere às proposições e não às ideias (expressas por cada um dos termos). As ideias, **do ponto de vista lógico**³²², não são contraditórias entre si, mas as proposições nas quais se afirma ou se nega algo.

Proposição A: existe uma natureza jurídica do processo;

³²⁰ O **principalmente** decorre, aqui da sugestão de alguns autores de que haja um terceiro sentido do princípio da contradição, a saber, um sentido psicológico, assim enunciado: Não é possível pensar ao mesmo tempo *p* e não *p* (se o conteúdo do pensar é lógico) ou “não é possível pensar que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo, e sob a mesma relação” (se o conteúdo do pensar é ontológico). Alguns autores consideram, entretanto, que o sentido psicológico do princípio da contradição deve ser descartado, por considerarem a possibilidade de pensar algo como um fato e não como um princípio (Verbetes: Contradição. In: MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130).

³²¹ A chamada lógica clássica, de inspiração aristotélica, distingue proposição de juízo. Enquanto juízo é o ato do espírito mediante o qual se afirma ou se nega algo a respeito de algo, a proposição é o produto lógico desse ato, ou seja, o pensado nesse ato. Às vezes se usa também, como sinônimo de proposição o vocábulo enunciado, sendo mais comum, contudo, o uso desse vocábulo na medida em que a proposição faça parte de um silogismo (Verbetes: Proposição. In: MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 593-601).

³²² Do ponto de vista ontológico, entretanto, essa contradição pode existir.

Proposição *O*: não existe uma natureza jurídica do processo;

Orientados pelo princípio da contradição, somos obrigados a concluir:

Se *A* é verdadeira, *O* é falsa;

Se *A* é falsa, *O* é verdadeira.

Embora até se possa falar em verdade da proposição *O*, em relação à realidade³²³, ante a vigência, entre nós, de uma Constituição democrática, a verdade em relação à realidade não tem, contudo, um sentido de estatização ou de permanência (perenidade) da realidade, porque uma das características da democracia é a prerrogativa do **povo** de construir a sua própria história, ausente qualquer destino apriorística e estaticamente traçado.

Ademais, uma teoria não tem que estar à mercê da verificação empírica de seus enunciados. Como sugere Karl Popper, o critério de demarcação do que é científico deve ser o da falseabilidade e não o da verificabilidade³²⁴, de modo que os argumentos apresentados no presente capítulo procuram demonstrar a falseabilidade da proposição **existe uma natureza jurídica do processo**.

Explicando o conceito de verdade, Karl Popper assim afirmou, na vigésima tese da Conferência de abertura do Congresso da Sociedade Alemã de Sociologia, em Tübingen, em 1961:

O conceito de verdade é indispensável para o criticismo aqui desenvolvido. O que criticamos é a pretensão de verdade. O que nós, como críticos de uma teoria, tentamos mostrar é evidentemente que sua pretensão de verdade não está correta – que é falsa.³²⁵

Rompendo, então, com a terminologia clássica, nossa proposta teórica é a de sustentar, sob a influência popperiana, que *A* é falseável, sem que isso implique em sustentar a pretensão de uma verdade absoluta para a proposição *O*. Como consequência, o emprego do vocábulo verdade se refere, em nosso trabalho, à possibilidade de a proposição **não existe uma natureza**

³²³ O vocábulo *Verdade* era empregado, pelos gregos, em dois sentidos: para se referir a uma proposição, contrapondo-a a uma proposição da qual se diz que é falsa; para dizer que uma realidade é verdadeira, diferenciando-a da aparente, ilusória, irreal ou inexistente. Para os hebreus, entretanto, verdade é confiança, ou seja, a fidelidade da coisa em face da infidelidade. Verdadeiro, para o hebreu, é o que é fiel e, por isso, Deus é a única Verdade. Para os escolásticos, a verdade, ou melhor, o verdadeiro, é uma propriedade transcendental do ente, convertível ao ente, denominada, por isso de verdade *Metafísica* ou verdade ontológica. Fala-se, ainda, em verdade lógica ou semântica, verdade epistemológica, verdade nominal ou oracional. Entre os modernos, além dos sentido clássico-escolástico, fala-se em verdade filosófica ou absoluta, verdade existencial, verdade como probabilidade, dentre outros sentidos (Verbete: Verdade. In: MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 699-707).

³²⁴ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hedenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972. p. 42.

³²⁵ POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 108.

jurídica do processo representar uma melhor aproximação da verdade do que a proposição antagônica.

5.2 Argumento filosófico, a partir do trilema de Münchhausen

A afirmação da existência de uma **natureza jurídica do processo** está ligada à necessidade, posta pela tradição, de se recorrer a critérios externos e superiores que pudessem funcionar como princípios informativos das leis vigentes, sob o argumento de que “a necessidade de recorrer a esses critérios e, em geral, à razão **jurídica** natural conserva-se viva por ser, necessariamente, incompleto o **direito** positivo”³²⁶.

De fato, o argumento da incompletude, consubstanciado na afirmação de que existem lacunas no sistema jurídico, serviu e continua servindo à busca de uns critérios extra e supra sistêmicos, seja do ponto de vista de uma teoria da decisão **jurídica**, seja do ponto de vista de uma teoria do **direito**, em ambos os casos malévola à compreensão do **direito**, sob uma perspectiva democrática.

No primeiro caso, o argumento da incompletude do sistema jurídico vem servindo, a uma concepção de que a atuação do julgador é salvadora, já que tem que preencher as lacunas existentes “no vazio horrorizante da lei”³²⁷. Um tal argumento, contudo, é absolutamente nocivo a uma concepção democrática do **direito**, como leciona Rosemiro Pereira Leal:

Nesse enfoque, não é feita a pergunta se a proibição ou negação do non-liquet é ou não um jogo estratégico do liberalismo radical para confiar ao Poder Judiciário a prática de uma idéia de justiça extra-sistêmica pelas convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma sociedade intocável.

Procura-se, isto sim, suprimir ou adiar indefinidamente a atuação da vontade popular de legislar sobre os problemas da factualidade cotidiana como forma de colocar a comunidade **jurídica** a reboque busca pela **natureza jurídica do processo** como a busca de uma fundamentação última para o **processo**.³²⁸

A partir do trilema somos levados a minar todas as pretensões de uma fundamentação absoluta: na cadeia de provas da verdade de uma proposição dada, ou caímos em um regresso ao infinito, ou precisamos apelar a um ato arbitrário de parada ou tornamo-nos reféns de circularidade viciosa.

³²⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 58.

³²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 38.

³²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 38.

Os problemas apontados pelo Trilema de Manch³²⁹ eram já conhecidos dos antigos céticos, e foram tematizados criticamente pelo próprio Hegel em texto de 1801.

Para não cair em uma postura ceticista, autores contemporâneos têm insistido no retorno das tentativas de fundamentação última do conhecimento. Entre as mais destacadas correntes neste contexto encontra-se a Pragmática Transcendental apeliana e seus seguidores. Esta corrente está claramente inspirada pela questão kantiana: quais as condições de possibilidade do conhecimento em geral? Todavia, **conhecimento** deixa de se resumir a conhecimento sintético *a priori* acerca de objetos da experiência possível, e passa a estar vincado na estrutura discursiva da razão humana. Não são apenas as condições de possibilidade da experiência que estão em jogo, mas as condições de todo o discurso possível, o que permitirá a superação do dualismo kantiano entre razão teórica e prática, pois o discurso tem a universalidade capaz de abarcar todas as questões racionais, seja em Teoria do Conhecimento ou Ética.

É fácil constatar o caráter notoriamente regressivo do argumento proposto por Kant: ele parte de um conhecimento dado e vai na direção de suas condições de possibilidade. Agora, possui este argumento uma estrutura inferencial, ou seja, o Kant quer *deduzir* a verdade das premissas de certas condições de possibilidade da verdade da existência de certo tipo de conhecimento apriórico, o que acaba por caracterizar uma argumentação circular.

Para escapar da má circularidade, alguns pesquisadores afirmam que devemos recusar o seu caráter dedutivo, enfraquecendo a prova: não temos mais a pretensão de inferir a verdade das condições de possibilidade, mas simplesmente *mostrá-las*. Este passo foi dado por pesquisadores como M. Wundt³³⁰ e R. Bubner. *Provar*, neste contexto, não equivaleria a uma prova lógica, à aceitação necessária de uma certa conclusão a partir da aceitação da verdade de certas premissas, mas a uma *mostração* de fundamentos de **direito** que legitimam dado ponto de vista: “Não se trata aqui de uma obrigação de concordância, [como aquela] que uma correta prova [*Beweis*] traz consigo para todo ser racional, mas da indicação [*Nachweis*] de uma legitimação”³³¹.

³²⁹ Sobre a formulação do recente do Trilema, cf. LUFT, Eduardo. **Fundamentação última é viável?** Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.academia.edu/22981728/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_%C3%BAltima_%C3%A9_v%C3%A1vel_2001>. Acesso em: 17 nov. 2007.

³³⁰ “A prova acontece não de modo demonstrativo, mas na forma de comprovação [*Bewährung*], a única forma em que uma proposição geral pode ser provada, enquanto esta precisa ser sempre pressuposta para a investigação do campo almejado” (M. Wundt apud LUFT, Eduardo. **Fundamentação última é viável?** Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.academia.edu/22981728/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_%C3%BAltima_%C3%A9_v%C3%A1vel_2001>. Acesso em: 17 nov. 2007.).

³³¹ Bubner apud LUFT, Eduardo. **Fundamentação última é viável?** Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.academia.edu/22981728/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_%C3%BAltima_%C3%A9_v%C3%A1vel_2001>. Acesso em: 17 nov. 2007.

Os teóricos da Pragmática Transcendental não podem, todavia, aceitar este enfraquecimento da prova transcendental, por uma razão muito simples: fazê-lo equivale a pagar com a recusa da pretensão de fundamentação última.

Sendo assim, o que diz o Trilema? O Trilema deve ser visto como uma hipótese acerca da racionalidade humana. A partir do que conhecemos acerca de nossa própria capacidade de argumentação, levantamos a hipótese geral de que todas as formas de argumentação com pretensão de fundamentação última caem no impasse descrito. *Se* a hipótese é verdadeira, então a tentativa de fundamentação última é inviável (uma consideração hipotética, portanto). Posso ter boas razões para considerar a referida teoria da argumentação como verdadeira, mas como poderia estabelecer o caráter último, definitivo, destas razões?

Somente se o Trilema pressupusesse a reivindicação do caráter último da verdade da teoria da argumentação por ele pressuposta, somente então a sua auto refutação seria inevitável.

Entendemos, contudo, que tal não é caso, o que nos leva a perseguir a desconstrução da **natureza jurídica do processo** e todas as tentativas de sua fundamentação essencializada.

A aceitação da inescapabilidade do Trilema não tem que conduzir, necessariamente a um ceticismo radical – nenhuma forma de conhecimento verdadeiro é possível. Podemos adotar uma forma de ceticismo moderado ou, se quisermos, de criticismo, que reconheça que todas as nossas pressuposições estão abertas a possíveis modificações, desde que tenhamos argumentos para tanto.

Estes argumentos não serão, novamente, definitivos, mas poderão ser considerados os melhores de que dispomos sob tais e tais situações cognitivas.

5.3 Da hermenêutica como interpretação à hermenêutica processualizada: um caminho para a desconstrução

O percurso teórico que fizemos, até o momento, mostrou-nos que a da decisão **jurídica** não pode, nas **democracias**, continuar a ser tratada seja sob o prisma da busca de uma **natureza** externa ao **direito**, que a fundamente, sob um prisma **monológico e autocrático**, quando a **natureza aparece alojada na razão autocrática do sujeito**, sustentada pelo argumento cartesiano de que “inexiste coisa mais bem distribuída no mundo do que o bom senso”³³².

Considerando que a Hermenêutica, enquanto teoria da interpretação, em uma conceituação tradicional, esteve à serviço das teorias da decisão **jurídica** tal como

³³² DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Enrico Corvisieri. p. 1. Disponível em: <<http://sociologia.incubadora.fapesp.br/portal/publicacoes-1/apostilas/discursometodo.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

tradicionalmente concebidas, necessário retomar a análise e testificar, também, as teorias chamadas hermenêuticas.

Partimos a princípio, de uma exposição da Hermenêutica Filosófica, à luz da compreensão de autores como Palmer, Schleimacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, exatamente porque, reconhecendo a posição avessa desses autores a todo o projeto de um saber absoluto, torna-se curioso observar que a suposição do caráter não objetivável de certas instâncias do discurso, acaba por conduzir esses autores a um resultado também indesejável: o apelo a algum tipo de imediaticidade, visando a estancar, de vez, a busca razões últimas. Ocorre que toda a forma de saber imediato, justamente pelo seu caráter de imediaticidade, *é intersubjetivamente inescrutável*.

Por isso, em seguida, valemo-nos das críticas de Habermas a esses autores, para adentrar nesse terreno da intersubjetividade.

Ao final, procuramos mostrar a insuficiência da hermenêutica em termos habermasianos, para sugerir, sem regressar a qualquer tentativa de uma fundamentação última, uma processualização da hermenêutica.

5.3.1 A hermenêutica filosófica de Palmer, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer

Em sua origem etimológica, o termo *hermenêutica* deriva do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, traduzidos, em geral, por *interpretação*³³³. Segundo Richard Palmer, para ilustrar a compreensão também de outros autores quanto à origem etimológica, “as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego **hermeneuein**, usualmente traduzido por ‘interpretar’, e no substantivo **hermeneia**, ‘interpretação’”³³⁴ e remetem para “o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?)”³³⁵. Para ele, uma exploração da origem destas duas palavras e das três orientações significativas básicas que elas veiculavam no seu antigo uso esclarece consideravelmente a **natureza** da interpretação.

Analisando textos da antiguidade³³⁶, Richard Palmer afirma que os termos **hermeneuein** e **hermeneuein** já estavam presentes em vários autores gregos, com três significados distintos,

³³³ Richard Palmer faz, inclusive, uma explicitação da relação entre *hermenêutica* e os seus significados de *dizer*, *explicar* e *traduzir* (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 23).

³³⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 23.

³³⁵ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 24.

³³⁶ Richard Palmer realizou esta pesquisa em Aristóteles, no *Organon*. Que considerou que o tema merecia um tratamento importante; o famoso *Peri hermeneias*, **Da interpretação**; em Platão; no **Édipo em Colono**; em autores conhecidos da antiguidade, como Xenofontes, Plutarco, Eurípedes, Epicuro, Lucrécio e Longino.

quais sejam, 1) exprimir em voz alta, ou seja, **dizer**; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira³³⁷.

Dizer, segundo Richard Palmer, é a forma mais elementar do **processo** de compreensão, limitada ao ato de enunciar ou expressar algo. Explicar, é, segunda e “mais óbvia”³³⁸ forma de interpretação, pela qual se dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão, para além de sua dimensão expressiva³³⁹. Traduzir, como terceiro e último sentido analisado por Palmer, se refere ao exercício de colocar o texto em outra língua. Esta tarefa exige do intérprete o exercício da compreensão e a **opção** por significados possíveis, figurando ele como mediador entre dois mundos diferentes³⁴⁰. Os três significados podem, segundo Richard Palmer, ser expressos pelo verbo português **interpretar** e, no entanto, cada um representa um sentido independente e relevante do termo interpretação, de modo “a que interpretação pode pois referir-se a três usos bastante diferentes: uma recitação oral, uma explicação racional e uma tradução de outra língua – quer para o grego quer para o português”³⁴¹.

Em todas estas práticas ocorre, segundo Richard Palmer, o **processo de tornar compreensível**. Esse sentido é compartilhado por Emerich Coreth, para quem a semântica do termo hermenêutica está relacionada a declarar, anunciar, interpretar (ou esclarecer) e traduzir, ou seja, tornar compreensível, conduzido à compreensão³⁴².

Alguns autores consideram que, a partir do trabalho de Friedrich Schleiermacher, no início do século XIX, a Hermenêutica teria transcendido dos ramos que a atavam às **ciências particulares**, para alcançar um novo sentido: a disciplina que, perguntando pelas condições genéricas da compreensão, deveria estabelecer as regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos científicos setorializados (religiosos, literários, jurídicos etc.), mas de

³³⁷ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 24.

³³⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 31.

³³⁹ “A segunda orientação significativa de hermeneuein é “explicar”. A interpretação como explicação dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão; aponta para a dimensão explicativa da interpretação, mais do que para a sua dimensão expressiva. No final de contas, as palavras não se limitam a dizer algo (embora também o façam e isso seja um movimento fundamental da interpretação); elas explicam, racionalizam e clarificam algo. Podemos exprimir uma situação sem a explicar; exprimi-la é interpreta-la, mas explica-la é também uma forma de ‘interpretação’” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 30).

³⁴⁰ “O tradutor é mediador entre dois mundos diferentes. A tradução torna-nos conscientes do facto de que a própria língua contém uma interpretação. A tradução torna-nos conscientes de que a própria língua contém uma visão englobante do mundo, à qual o tradutor tem que ser sensível, mesmo quando traduz expressões individuais. A tradução apenas nos torna mais totalmente conscientes do modo como as palavras na realidade moldam a nossa visão do mundo, mesmo as nossas percepções. Não há dúvida de que a língua é um repositório de uma experiência cultural; existimos nesse médium e através dele; vemos através dos seus olhos” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 37, grifo nosso).

³⁴¹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 24.

³⁴² CORETH, Enrich Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Edusp, 1973. p. 1.

quaisquer pensamentos postos ao entendimento através de palavras.³⁴³

Friedrich Schleiermacher é, por esses autores, reconhecido como o pai da Hermenêutica moderna que, como disciplina geral, indaga as possibilidades de compreensão objetiva, criando para tanto uma teoria que procurou distinguir não só em que contextos a mesma se dá, mas também quais seriam os métodos científicos que proporcionariam o caminho objetivo para se evitar o mal-entendido e viabilizar o acesso ao correto entendimento.

Wilhem Dilthey, assumindo grande parte das teses de Friedrich Schleiermacher, direcionou-a rumo à fundamentação epistemológica das denominadas Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*), almejando construir uma teoria **objetivamente comprovável** que alcançasse *status* científico autônomo em relação às **Ciências da Natureza**.³⁴⁴

Wilhem Dilthey, ao fazer a referenciada distinção entre as Ciências Naturais e as Ciências **Humanas** (do Espírito, em sua terminologia) com base na dicotomia *explicar/compreender*, pretendeu criar uma disciplina que tivesse por finalidade proporcionar a interpretação objetivamente válida dos objetos de estudo das Humanidades, definidos como *expressões da vida*, entendendo-se esta como experiência humana conhecida a partir de seu interior, portando *dentro* do mundo histórico.

Logo, Wilhem Dilthey utilizou a Hermenêutica como a disciplina que irá fundamentar e proporcionar o acesso ao conhecimento em tal campo do saber, tornando-a, como dito, o alicerce de sustentação epistemológica das Ciências do Espírito, diferenciando-a da metodologia peculiar às **Ciências da Natureza**, tal como relata Richard Palmer:

[...] Wilhelm Dilthey (1833-1911) começou a ver na hermenêutica o fundamento para as *Geisteswissenschaften* quer dizer todas as humanidades e as ciências sociais, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, quer essas expressões sejam gestos, actos históricos, leis codificadas, obras de arte ou de literatura. Dilthey tinha como objectivo apresentar métodos para alcançar uma interpretação 'objectivamente válida' das 'expressões da vida interior'. Ao mesmo tempo reagiu drasticamente à tendência que os estudos humanísticos revelavam tomando as normas e os modos de pensar das ciências naturais e aplicando-as ao estudo do homem.³⁴⁵

Atribui-se a contribuição de Wilhem Dilthey à possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das Humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que achavam ser possível importar os métodos das **Ciências Naturais** – então considerados

³⁴³ Cf. coletânea de textos do autor: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999. Sobre o âmbito da Hermenêutica, p. 33.

³⁴⁴ DILTHEY, Wilhem. **Introduction à l'étude des sciences humaines**. Tradução de Louis Sauzin. Paris: Presses Universitaires de France, 1942.

³⁴⁵ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 105.

explicativos/descritivos, portanto *ahistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico.³⁴⁶

Martin Heidegger, rompendo com as preocupações objetivistas de Friedrich Schleiermacher e Wilhem Dilthey, radicou a experiência hermenêutica como o modo de ser (**natureza**) do *Dasein* (do ser-aí, do ser-no-mundo, que, em um primeiro momento, pode ser considerado o homem), realizando o que ficou conhecido como o *giro fenomenológico e/ou ontológico* na sua obra *Ser e tempo*.³⁴⁷

Afirma, por isso, que as coisas que são no mundo não são compreendidas a partir de uma apropriação intelectual do homem, mediante a dicotomia sujeito/objeto, mas, invertendo a perspectiva, são *fenômenos* que implicam a potencialidade de se revelarem tal como são (**por natureza**), independentemente de nosso subjetivismo.

A Hermenêutica passa, então, a significar uma fenomenologia da existência (**ser natural**), ou melhor, a análise das possibilidades que o ser tem de existir e de se manifestar através dos fenômenos que se dão no horizonte do tempo. Desse modo, em Heidegger, a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência, um elemento constitutivo do *Dasein* (do ser-aí); algo, portanto, anterior (naturalmente **a priori**) a qualquer preocupação com a “atividade interpretativa” tal qual concebida até então.

Hans-Georg Gadamer, fazendo uso de vários dos ensinamentos de Heidegger, surge com uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual que perdurou por todo o século XIX, fazendo da Hermenêutica uma disciplina *filosófica* que, para além de seu foco epistemológico, passa a investigar o fenômeno da compreensão em *si mesmo* (**por natureza**), ou seja, passa a ter como finalidade explicitar o que ocorre nesta operação humana fundamental do *compreender*. A essa investigação muitos autores denominam *giro hermenêutico*.

Hans-Georg Gadamer opõe *verdade* a *método* para afirmar que a possibilidade de revelação daquela depende sempre da *situação hermenêutica* (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender; depende sempre de um constante diálogo com a tradição, sede das pré-compreensões do sujeito. Assim, perguntando pelo que significa compreender, ou melhor, tentando compreender o que seja *compreensão*, refunda a discussão sobre a própria possibilidade do *filosofar*, inaugurando a chamada *Hermenêutica filosófica*.

Para Hans-Georg Gadamer o *giro hermenêutico* se dá quando a hermenêutica se liberta

³⁴⁶ Cf., nesse sentido: PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 128. Para algumas revisões críticas do trabalho de Dilthey e Schleiermacher (AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Período clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha**. São Paulo: Edusp, 1994).

³⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

da sombra iluminista (a razão do século XVIII) que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantar a História e se confinar na busca maniqueísta e míope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método.

Richard Palmer assim escreve:

Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das Geisteswissenschaften; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irónico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade V zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um **processo** subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que [sic] avalia a compreensão, como **processo** ontológico — o **processo** ontológico — do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica 'filosófica' de Gadamer. É essencial percebermos, logo desde o início, a distinção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da compreensão. Isto não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Significa sim que Gadamer trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o mundo? Esta é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica mas que vai muito mais longe do que elas.³⁴⁸

O que há de comum na posição de todos esses autores é a postura teórica avessa a um projeto de um saber absoluto, que possa dar sustentação a uma fundamentação última do conhecimento. Mas o resultado é também indesejável, ante o apelo a algum tipo de imediatez **naturalizada** (a experiência humana, o ser-aí; a tradição). Toda a forma de saber imediato, justamente pelo seu carácter de imediatez, compromete a ideia de um saber reconhecido intersubjetivamente como válido, porque só podemos compartilhar o conhecimento de algo quando compartilhamos as **mediações** que nos conduzem à afirmação de algo como algo: não há conhecimento sem método; não há algo para nós — e não apenas para um eu — sem que tenhamos acesso ao caminho comum que temos de percorrer para a obtenção de algo como intersubjetivamente conhecido. Assim, a consequência dessa imediatez é grave: tornamo-nos reféns de uma outra forma de solipsismo.

³⁴⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 168. Cf, também: FRUCHON, Pierre. **L'herméneutique de Gadamer**: platonisme et modernité. Paris: Lés Éditions du Cerf, 1994. p. 468.

5.4 A crítica de Habermas à hermenêutica filosófica como contributo parcial para o anúncio de uma hermenêutica processualizada

Rompendo com a compreensão gadameriana de hermenêutica, Jürgen Habermas afirma em *Dialética e Hermenêutica*, que:

Hermenêutica se refere a uma ‘capacidade’ (Vermögen) que adquirimos à medida em que aprendemos a ‘dominar’ uma **linguagem natural**: à arte de compreender um sentido lingüisticamente comunicável e, no caso de comunicações perturbadas, torná-lo inteligível. Compreensão do sentido se orienta para o conteúdo semântico do discurso, mas também para as significações fixadas por escrito ou em sistemas de símbolos não-lingüísticos, na medida em que eles, em princípio, podem ser ‘recolhidos’ (eingeholt) em discursos.³⁴⁹

Fala-se em rompimento porque tal **dominação** de uma linguagem, não pode ser pautada na **tradição**, ou no horizonte histórico, como pretendeu Hans-Georg Gadamer³⁵⁰. Para Jürgen Habermas, a hermenêutica deve se fundar em uma comunicação isenta de coação, incluída aqui a coação de sentidos historicamente estabelecidos, dominados pela tradição.

K. O Apel acentuou com razão que a compreensão hermenêutica ao mesmo tempo só serve para nos certificarmos criticamente da verdade na medida em que ela se submete ao princípio regulativo: produzir entendimento universal no quadro de referência de uma ilimitada comunidade de interpretação. Com efeito, só este princípio assegura que o esforço hermenêutico não deve desistir enquanto não tiver descoberto o engano no consenso forçado e a deturpação no mal-entendido aparentemente casual. Se a compreensão do sentido não deve permanecer a fortiori indiferente diante da idéia da verdade, nós precisamos antecipar também a estrutura de uma convivência em comunicação isenta de coação, junto com o conceito de uma verdade que se mede pela idealizada concordância visada em comunicação ilimitada e livre de dominação.³⁵¹

Explicando o que vem a ser a verdade, Jürgen Habermas explica:

O ser é, como diz Tugendhat, um ser veritativo. E, como a verdade de opiniões ou sentenças só pode, por sua vez, ser explicada com o auxílio de outras opiniões e sentenças, não podemos fugir à ascendência de nossa linguagem. Esse fato sugere um conceito antifundamentalista de conhecimento e um conceito holístico de justificação. Como nossas sentenças não podem ser confrontadas com nada do que já não está

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 26.

³⁵⁰ “Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. [...] aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. v. I, p. 452).

³⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 64.

impregnado pela linguagem, é impossível fazer sobressair enunciados de base que seriam de tal modo privilegiados que poderiam se legitimar por si mesmos e servir de fundamento a uma cadeia linear de justificação. Rorty tem razão ao salientar que ‘nada pode valer como justificação a não ser por referência ao que já aceitamos’ e concluir daí ‘que não podemos sair de nossa linguagem e de nossas crenças para encontrar algum teste que não seja a coerência’.³⁵²

E:

As teorias epistêmicas da verdade padecem em geral do fato de procurar a verdade dos enunciados no jogo de linguagem da argumentação, ou seja, onde as pretensões de verdade tornadas problemáticas são explicitamente tematizadas. Mas as pretensões de verdade só são elevadas a objeto hipotético de uma controvérsia depois de terem se soltado dos contextos funcionais cotidianos e sido de certo modo postas em suspenso. Em contrapartida, a concepção pragmática, que ao menos esboçarei sem seguida, considera o funcionamento de pretensões de verdade no interior do mundo da vida. O conceito discursivo de verdade deve ser complementado nesse sentido, para que leve em conta as conotações ontológicas fracas que, mesmo após a virada lingüística, associamos à ‘apreensão dos fatos’.³⁵³

5.5 A interlocução habermasiana com a teoria de Ronald Dworkin

O sistema dos **direitos** e princípios do **Estado de Direito** sob o enfoque do **direito** racional é tratado, por Habermas, a partir da guinada teórica da perspectiva contratualista de fundamentação do **direito**³⁵⁴ para a perspectiva discursiva, sob o pano de fundo da afirmação de que os princípios do **Estado de Direito** e os **direitos** fundamentais só são encontrados em constituições históricas, de modo a serem interpretados a partir de sua inserção em ordens **jurídicas** concretas.

Sua pretensão é o estabelecimento, a partir da teoria do discurso, de um terceiro paradigma jurídico, capaz de absorver os dois grandes modelos herdados da modernidade, quais sejam, o do **direito** formal burguês e o do **direito** materializado do Estado social, partindo da pressuposição de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas chamadas democracias de massas dos Estados sociais, revelam uma **compreensão procedimentalista do direito**³⁵⁵.

Reconhecendo que todas as comunicações, no âmbito do **direito**, apontam para

³⁵² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 242.

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 285.

³⁵⁴ Cf. nesse trabalho, as críticas de Habermas a Rousseau e Kant, acerca da fundamentação contratualista do **direito**.

³⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 242.

pretensões reclamáveis judicialmente, Jürgen Habermas afirma que o **processo** judicial constitui o ponto referencial para a análise do sistema jurídico, afirmando que o marco teórico para a sua **Teoria do Direito** abarca, além da legislação e da administração, a **jurisdição**³⁵⁶.

Visando a identificar a **teoria do Direito** com a **teoria da jurisdição** e com a **teoria do discurso jurídico**, Habermas oferta, então, uma distinção entre **Teoria do Direito** e **Dogmática jurídica**, na medida em que aquela, diversamente dessa, teria a pretensão de produzir uma teoria da **ordem jurídica** em sua totalidade, levando em conta a perspectiva dos participantes.

Segundo Jürgen Habermas, a tensão entre facticidade e validade, que é imanente ao **direito**, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o **princípio da segurança jurídica** e a pretensão de tomada de **decisões corretas**.

Em interlocução com a tese que pretende apresentar, Habermas se vale, com o fito de problematizá-la posteriormente, da proposta de Ronald Dworkin, que constrói uma teoria do direito sob o enfoque de exigências ideais, que acabam redundando em um solipsismo do juiz que tem que aplicar o **direito**.

5.5.1 Segurança jurídica e legitimidade

O problema da **segurança jurídica** e da legitimidade vem sendo, desde há muito, o centro da discussão, entre os teóricos do direito.

O **direito** atual garante, de um lado, a expectativa de comportamentos sancionados pelo Estado, que é o que denominamos **segurança jurídica** e, de outro, os **processos** racionais de legislação e aplicação pretendem que as normas que a garantem essa segurança sejam tomadas como legítimas.

Se, por um lado, a **segurança jurídica** exige que as decisões tomadas sejam baseadas no sistema jurídico existente, por outro, a pretensão à legitimidade do **direito** exige que as decisões sejam fundamentadas racionalmente, de modo a não ser suficiente uma mera concordância do julgado com os casos semelhantes, julgados no passado ou até mesmo com o sistema jurídico vigente.

Assim, os julgamentos dos juízes têm que levar em conta regras e princípios legítimos, de modo a se conceber uma transposição da perspectiva histórica de fundamentação das decisões, internamente apoiada em **premissas preliminarmente dadas (naturais)**, para uma perspectiva sistemática que exige a justificação externa das premissas.

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 244.

O problema da racionalidade da jurisprudência é, então, o de saber como a aplicação de um **direito** pode garantir, simultaneamente, a **segurança jurídica** e a **correção da decisão**. Ultrapassada a **fundamentação natural do direito**, a partir da qual o **direito** se sustentava em bases suprapositivas, Jürgen Habermas aponta três alternativas para tratar esse problema: a **hermenêutica jurídica**; o **realismo jurídico** e o **positivismo jurídico**.

5.5.2 A hermenêutica, o realismo e o positivismo jurídicos

À **hermenêutica jurídica** deve-se reconhecer o mérito de contrapor ao modelo tradicional de subsunção do fato (que Habermas denomina **estado de coisas**) à regra - idéia, de origem aristotélica, de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação.

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação, entendendo-se por processualidade a experiência interpretativa que vai desde a pré-compreensão valorativa do intérprete, que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas até a concretização recíproca dessas.

Desse modo, hermenêutica assume uma posição própria na **Teoria do Direito** porque resolve o problema da racionalidade da jurisprudência, através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. Nesse sentido, afirma Jürgen Habermas, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi*³⁵⁷ de um contexto ético tradicional. Isso significa que o juiz relacionará normas e estados de coisas à luz dos princípios comprovados historicamente. Logo, o objetivo da hermenêutica, no cenário da **Teoria do Direito**, é legitimar a decisão judicial.

A posição do realismo jurídico é, em contrapartida, a de uma outra avaliação da pré-compreensão que comanda os processos de interpretação, já que há que se levar em conta determinantes extrajurídicos (**naturais**), que podem ser explicados a partir de análises empíricas. Esses fatores externos é que explicariam como os juízes decidem, o que permitiria prever histórica, psicológica e sociologicamente as decisões judiciais.

Ora, se o resultado das decisões puder ser explicado por interesses, pertencimento a determinada classe social, enfoque político, tradições ideológicas e até pela personalidade dos juízes, a prática das decisões não levará em conta o fundamento do **direito**, o que dissolveria a lógica própria do **direito** bem como toda e qualquer pretensão de **segurança jurídica**, garantida

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 248.

através de decisões consistentes. Nesse contexto Habermas critica a abordagem realista da Escola do **Direito** Livre e a da Jurisprudência de interesses.

O positivismo jurídico, diversamente, pretende maximizar a estabilização das expectativas sem que a legitimidade da **decisão jurídica** tenha que estar apoiada na autoridade de tradições éticas. É o que faz, por exemplo, Kelsen, que aborda o **direito** independentemente da política, dando às proposições **jurídicas** um sentido próprio, sentido esse opaco em relação a qualquer princípio não jurídico. Não há, portanto, qualquer fundamento suprapositivo de validade das normas, com exceção da norma fundamental, que valida formalmente a existência de todas as demais regras positivadas no sistema jurídico. Nessa concepção, a legitimação do **direito** é dada a partir da legalidade do procedimento que toma como referência para a criação de uma regra a regra imediatamente antecedente, até que se chegue na regra fundamental, ou regra de conhecimento, que, entretanto, não é passível de justificação racional, tendo que ser suposta como válida³⁵⁸.

Assim, o positivismo não enfrenta ou aborda superficialmente o problema hermenêutico fundamental, qual seja, “como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis?”³⁵⁹. Para Kelsen e Hart, na insuficiência do **direito** vigente para tratar determinado estado de coisa, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio, de modo que essa decisão não é mais coberta pela autoridade do **direito**³⁶⁰.

Partindo desse cenário, Habermas estabelece uma interlocução com a teoria dos **direitos** elaborada por Dworkin, como tentativa de evitar as falhas dos modelos **realista**, **positivista** e **hermenêutico**, já que esse autor pretende esclarecer como a prática da decisão judicial pode satisfazer simultaneamente as exigências da **segurança jurídica** e da **aceitabilidade racional do direito**.

5.5.3 As críticas de Ronald Dworkin ao realismo e ao positivismo

Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes, ligadas a regras. Contra o positivismo, ele afirma a necessidade de decisões corretas, cujo conteúdo seja legitimado por **princípios**, e não apenas pela formalidade dos procedimentos.

³⁵⁸ Cf. nesse trabalho a abordagem do positivismo a partir da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen.

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 251.

³⁶⁰ Cf. nesse trabalho, a abordagem da decisão fora da moldura normativa, segundo Kelsen.

Para Dworkin, existe uma razão prática incorporada na história, emergida da moral e articulada numa norma fundamental, a qual exige o respeito de todos. A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do **direito** e com o princípio de justiça de Rawls, segundo os quais cada um tem um **direito** a igual liberdade de ação subjetiva. Em Dworkin, a norma fundamental goza do *status* – não fundamentado – de **direito natural**. Em sua concepção, “da definição de um **direito** segue que ele não pode ser suplantado por qualquer fim social”³⁶¹.

A teoria dworkiana parte da premissa de que o **direito** assimilou, inevitavelmente, conteúdos morais e, como tal, há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência. Essa premissa interessa, segundo Jürgen Habermas, à teoria discursiva do **direito**, a qual parte da idéia de que argumentos morais entram no **direito** através do **processo** democrático da legislação, advertindo que quando são traduzidos para o código do **direito**, passam por uma transformação jurídica do seu significado.

O papel exercido pela moral é, aponta Jürgen Habermas, o de “medida para o **direito** correto”³⁶², o qual tem sede primária na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Desse modo, certos conteúdos morais são traduzidos para o **direito** e revestidos de um outro modo de validade. Entretanto, enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o **direito** não significa uma moralização do **direito**.

Assim, a teoria de Dworkin interessa a Habermas na medida em que exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade **jurídicas**, no qual é possível interpretar o princípio hermenêutico a partir de uma perspectiva construtivista, que se opõe à neutralidade do positivismo jurídico.

Ronald Dworkin critica que a legitimação do **direito** possa se dar através da simples legalidade do procedimento que normatiza o **direito**. O discurso jurídico é independente da moral e da política somente no sentido de que os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do **direito**. Entretanto, por trás dessa linguagem, está um complexo sentido de validade do **direito**, o que explica a razão pela qual, em caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, do tipo ético e moral.

³⁶¹ DWORKIN, Ronald apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 253.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 256.

Um Estado pode ter boas razões, em algumas circunstâncias especiais, para coagir aqueles que não têm o dever de obedecer. Mas nenhuma política geral que tenha por fim manter o **direito** com mão de ferro poderia justificar-se se o **direito** não fosse, em termos gerais, uma fonte de obrigações genuínas. Um **Estado é legítimo** se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhe deveres. Um argumento em favor da legitimidade só precisa oferecer razões para essa situação geral. Não precisa demonstrar que um governo, legítimo nesse sentido, tem autoridade moral para fazer o que bem entende com seus cidadãos, ou que estes sejam obrigados a obedecer a toda e qualquer decisão que venha a ser tomada.³⁶³

As justificações externas são possíveis porque o **direito** vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político, embora, para Dworkin, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade, que são genuínos no **processo** legislativo. A jurisprudência tem que levar em conta determinados objetivos legislativos à luz de princípios, sendo de se registrar que um princípio se sobrepõe ao outro apenas conforme o caso a ser decidido.

Segundo essa concepção, o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia porque entende o **direito** como um sistema fechado de regras específicas, as quais tornam necessária, em caso de colisão de regras, uma decisão em termos de *tudo* ou *nada*, porque o entendimento do **direito** como um sistema de regras destituído de princípios impõe a conclusão de que colisões entre regras geram uma indeterminação da situação **jurídica**, que só pode ser superada na decisão. Entretanto, quando se admite princípios, reconhecendo-se como componentes normais do discurso jurídico (ou seja, como **normas**), o sistema não está fechado em regras, tampouco o conflito de regras gera uma **insegurança jurídica**.

É assim que, segundo Jürgen Habermas, com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos teleológicos, na prática da decisão judicial, e, ainda, com a descoberta de mais uma camada de normas no próprio sistema jurídico (os princípios), Ronald Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o **direito** positivo depende.

Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um médium sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo.³⁶⁴

³⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 232, grifo nosso.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 259.

Verifica-se, pois, um apontamento para a possibilidade de uma averiguação racional, orientada para princípios, da correteza das decisões. No entanto, esclarece Habermas, como esses princípios não são historicamente comprovados, extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica **jurídica**, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapasse as tradições **jurídicas** consuetudinárias.

Ronald Dworkin caracteriza o seu procedimento hermenêutico-crítico como uma **interpretação construtiva** que explicita a racionalidade do **processo** de compreensão através da referência a um paradigma.

Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Teremos de estabelecer uma distinção analítica entre as três etapas da interpretação [...]. Primeiro, deve haver uma etapa 'pré-interpretativa' na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática [...]. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de se buscar uma prática com essa forma geral. [...] Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática 'realmente' requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.³⁶⁵

O grande problema é responder à seguinte pergunta: de que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da **segurança** e da pretensão de legitimidade do **direito**?

5.5.4 A crítica de Habermas a Dworkin

A solução de Dworkin é pretensiosa.

Para ele, princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios põem à disposição meios argumentativos para se reconstruir o **direito** vigente durante o tempo que for preciso para que ele valha como normativamente justificado. Dworkin postula a construção de uma teoria do **direito** e não uma teoria da justiça. Tal tarefa, esclarece Habermas, não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios a partir dos quais seja possível justificar uma ordem **jurídica** concreta, de modo que nela se encaixem as decisões tomadas nos casos singulares, como se fossem componentes coerentes.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 81-82.

Dworkin pressupõe, para exercitar essa tarefa, um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz *Hércules*” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele reconhece todos os princípios e objetivos válidos ao mesmo tempo em que tem uma visão completa sobre o sistema jurídico, organizado através de estruturas argumentativas.

A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, em outros termos, reconcilia a história com a justiça. Ela dissolve a tensão entre originalidade judicial e história institucional.

[...] Hércules não está tentando atingir aquilo que acredita ser o melhor resultado substantivo, mas sim encontrar a melhor explicação possível para um evento legislativo do passado. Ele tenta apresentar um exemplo de história social – o relato de uma legislatura democraticamente eleita que elabora um texto particular em circunstâncias particulares – sob a melhor luz geral possível, o que significa que sua descrição deve explicar o relato como um todo, não apenas o seu final. Logo, sua interpretação deve refletir não apenas suas convicções sobre a justiça e sobre o que é uma política de preservação inteligente – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido **processo** legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.³⁶⁶

A proposta de Ronald Dworkin, contudo, gerou uma ampla controvérsia: será que as exigências ideais que referenciam as decisões dos juízes são expressão de uma idéia reguladora que tem que ser seguida, se se quiser seguir o *telos* da jurisprudência moderna ou será que esse ideal é falso?

Valendo-se do princípio da **integridade** Ronald Dworkin tenta responder a essa objeção afirmando que todas as ordens **jurídicas** modernas apontam para a idéia do **Estado de Direito**, o que se torna um ponto firme para a hermenêutica crítica. Nesse sentido, quando uma comunidade política se constitui enquanto tal, o ato constituinte da fundação significa que todos os cidadãos reconhecem um mesmo sistema de **direitos**, o qual lhes garante autonomia privada e pública. Ao mesmo tempo, eles se atribuem reciprocamente a participação no **processo** político.

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.³⁶⁷

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 405.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213.

E, ainda:

O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos. Mas um Estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado.³⁶⁸

Assim, a obrigação do juiz de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o **direito** vigente como um sistema concebido a partir de princípios é um reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, confirmada na fundação da Constituição, de proteger a integridade da sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se, reciprocamente, como membros de uma associação de livres e iguais.

Dentre outras críticas feitas à teoria de Dworkin, está a de que seria atribuído a Hércules um programa irrealizável, já que, por vezes, os princípios são irreconciliáveis. Para resolver essa questão, Ronald Dworkin se vale da idéia de paradigma, que auxiliaria Hércules nessa tarefa de conciliar princípios.

A cada etapa histórica do desenvolvimento da instituição, certas exigências concretas de cortesia se mostrarão a quase todos como paradigmas, isto é, como requisitos da cortesia. A regra de que os homens devem levantar-se quando uma mulher entra na sala, por exemplo, poderia ser considerada um paradigma de certa época. O papel que esses paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático.³⁶⁹

No entender de Ronald Dworkin, a relação entre instituição e paradigmas pode ser estreita a ponto de estabelecer um novo atributo conceitual, de modo que “quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário”³⁷⁰.

Para Jürgen Habermas, entretanto, esse elemento (paradigma) é o mais propenso à formação de ideologias:

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 223.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 89.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 89.

Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas.³⁷¹

Isso, segundo Jürgen Habermas, já é uma razão suficiente para uma que uma compreensão procedimentalista do **direito** trate dos paradigmas do **direito** em um nível reflexivo, de modo a estarem abertos uns aos outros e se comprovarem na pluralidade das interpretações da situação.

A pretensão de Habermas, partindo para a abordagem da teoria do discurso jurídico, é alertar para o fato de que as objeções levantadas à teoria de Dworkin, enquanto teoria ideal do **direito**, capaz de proporcionar a melhor interpretação possível para **direitos** e deveres, partem da premissa de que essa teoria possui um único autor, quem seja, o juiz, que escolheu **Hércules** como o seu modelo.

Assim, Jürgen Habermas denomina monológica³⁷² a teoria de Ronald Dworkin, que se baseia no privilégio cognitivo do juiz, quando sua interpretação divergir de todas as outras possíveis, de modo que “o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”³⁷³, a qual é insustentável, especialmente em uma compreensão procedimentalista do **direito**, que conta com a concorrência discursiva de paradigmas.

Habermas sugere, então, uma reconstrução da prática de interpretação pelo caminho de uma **teoria do direito** e não de uma **dogmática do direito**, sugerindo que a teoria solipsista de Dworkin seja substituída por uma **teoria da argumentação jurídica**, que não pode, entretanto, limitar-se a um acesso lógico-semântico do discurso jurídico.

Para tanto, Habermas distingue regras de inferência lógica, regras semânticas e as regras da argumentação, sendo que essas últimas sugerem uma concepção pragmática, a partir da qual podem ser produzidos argumentos. Argumentos, esclarece Jürgen Habermas: “são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”³⁷⁴.

³⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 275.

³⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 276.

³⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 277.

³⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 280.

Assim, o ponto de partida da teoria discursiva é a afirmação de que a correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, já que **direitos** são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. Correção, então, significa aceitabilidade racional apoiada em argumentos.

Por outro lado, argumentos substanciais, esclarece Habermas, jamais são “cogentes” no sentido de um raciocínio lógico, que não é suficiente porque apenas explicita o conteúdo das premissas.

Em condições favoráveis só se conclui uma argumentação quando argumentos condensam de tal maneira uma totalidade coerente, surgindo um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida.

Um argumento tem que mover, no sentido não psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posições. Isso faz com que o conceito de argumento, segundo Jürgen Habermas, seja pragmático, ou seja, para saber o que é um bom argumento, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo argumentativo, isto é, saber até que ponto ele pode contribuir para a solução do problema de aceitabilidade ou não de uma pretensão de validade controversa.

Se, por um lado, Jürgen Habermas fala em processos que institucionalizam o caminho para o resgate argumentativo do direito, o sentido de **processo** em Jürgen Habermas, carece, ainda, de um “direito regulador” (no sentido prático-moral):

O formalismo do direito não pode ser manietado de modo concretista a determinadas características semânticas. Porque a força legitimadora reside em processos que institucionalizam o caminho para o seu resgate argumentativo. Além disso, a fonte de legitimação não deve ser procurada apenas na legislação política ou na jurisdição. Pois, sob condições da política do Estado Social, nem mesmo o legislador democrático mais cuidadoso consegue regular a justiça e a administração, utilizando apenas a forma semântica da lei: ele necessita de um direito regulador. E, para descobrir um núcleo racional – racional no sentido prático moral –, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a idéia de imparcialidade da fundamentação de normas e da aplicação de regulações obrigatórias cria uma relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do direito. Essa idéia de imparcialidade forma o núcleo da razão prática.³⁷⁵

Entendemos, assim, que o **processo**, como instituição constitucionalizada, instituída democraticamente, não é, ainda, o fundamento do direito legítimo, no pensamento de Habermas.

³⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (tanner lectures). In HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 214.

6 A NOVA PROPOSIÇÃO: O POVO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

6.1 Colocação do problema

Até a Idade Média, a regulação do agir dos indivíduos esteve presa a um padrão de eticidade comunitário, sob a inspiração da *phronesis* (padrão de comportamento social) aristotélica. O **direito moderno** tirou dos indivíduos o fardo das normas morais e os remeteu para as leis, que garantem a compatibilidade das liberdades de ação.

Esse deslocamento se deve, em especial, ao papel desempenhado na compreensão do **direito**, pelo **direito subjetivo** (*rights*), nos séculos XVIII e XIX, já que eles corresponderam ao conceito de liberdade de ação subjetiva, estabelecendo os limites no interior dos quais um sujeito estava autorizado a empregar a sua vontade.

Fazendo uma rápida incursão entre os teóricos que abordaram o **direito subjetivo**, tem-se que para Savigny uma relação **jurídica** garante o “poder que compete à pessoa singular: uma região onde domina a sua vontade – e domina com nosso consentimento”³⁷⁶ e para Puchta, o “**direito** é o reconhecimento da liberdade que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detêm o poder da vontade”³⁷⁷, de modo que a autonomia privada é garantida, sob a proteção do **direito**, principalmente através do **direito** de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade³⁷⁸.

O **direito** privado, contudo, somente poderia legitimar-se por si mesmo, até então, enquanto a autonomia privada do sujeito do **direito** estivesse apoiada na autonomia moral da sua pessoa.

Desfeita essa relação, o **direito** passou a afirmar-se como forma que reveste determinadas decisões e competências. **Direitos** subjetivos são, desde Windscheid, reflexos de uma ordem **jurídica**, a qual transmite aos indivíduos o poder de vontade incorporado objetivamente nela, ou seja, “**Direito** é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem **jurídica**”³⁷⁹.

Em Rudolf Von Ihering o **direito** subjetivo é “conceitualmente um poder jurídico,

³⁷⁶ Apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 116.

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 116.

³⁷⁸ Não por outro motivo o processo é tem sua **natureza** alojada, nos séculos XVIII e XIX, na idéia de contrato e quase-contrato.

³⁷⁹ Apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 117.

conferido ao indivíduo através da ordem **jurídica**, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação de interesses humanos³⁸⁰. Para esse utilitarista, os **direitos** não existem apenas para realizar a idéia de vontade abstrata, mas para garantir os interesses da vida, para realizar fins. Para ele, os **direitos** não produzem nada de inútil, uma vez que a utilidade é a **substância (natureza) do Direito**³⁸¹.

Em todas essas concepções, há uma forte marca do **direito** subjetivo a serviço do **direito** privado, que é visto como o **fundamento do direito**.

Finalmente, Hans Kelsen determina o **direito** subjetivo em geral como interesse protegido, objetiva e juridicamente, trazendo para a posição fundante do **direito** (subjetivo) o conceito de dever:

Usualmente contrapõe-se ao dever jurídico o **direito** como **direito** subjetivo, colocando este em primeiro lugar. Fala-se, no domínio do **Direito**, de **direito** e dever, não de dever e **direito** (no sentido subjetivo) como no domínio da Moral onde se acentua mais aquele do que este. Na descrição do **Direito**, o **direito** (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás dele [...]. Essa situação, designada como '**direito**' ou 'pretensão' de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. [...] A situação em questão é esgotadamente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo.³⁸²

Em Kelsen, aparece, pois, uma outra visão do **direito** subjetivo, agora sustentada sob o conceito de dever jurídico, o que se explica pelo fato de Kelsen apartar o **Direito** da Moral. Nas palavras de Jürgen Habermas:

A interpretação kelseniana caracteriza a outra ponta da dogmática do **direito** privado, oriunda de Savigny, a qual interpreta de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjetivos, perdendo desta maneira a relação com a vontade livre ou o poder de dominação de uma pessoa, cuja autonomia privada merece ser protegida do ponto de vista moral. Kelsen desengata o conceito do **direito** da moral e, inclusive, do da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas.³⁸³

Todos esses modelos teóricos mostram um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos **direitos** subjetivos sob o **direito** objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota na legalidade de uma dominação política, sem esclarecer, contudo, de onde o **direito** positivo obtém sua legitimidade.

³⁸⁰ IHERING, Rudolf Von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 182.

³⁸¹ IHERING, Rudolf Von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 180.

³⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141-142.

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 118.

Esse é o ponto em questão, uma vez que, superado o horizonte de fundamentação nomotética (*nomos* inspirado na *physis*), do mundo antigo, e, também, a moderna proposta de uma fundamentação hipotética (**natureza como não-Estado**), pautada no modelo de **direitos** naturais a serem resguardados em estados jurídicos, o **direito**, que deixa de ter sua legitimidade identificada com a mera legalidade, fundada na autoridade estatal, torna-se carente de um fundamento que o legitime.

Nossa proposta é mostrar como esse fundamento, nas democracias, é o **povo** e o **processo** pelo qual ele institui o **direito**.

Jürgen Habermas é incisivo no combate do *ethos* tradicional, quando afirma que, no nível de fundamentação pós-metafísica, tanto as regras morais quanto as **jurídicas** se diferenciam daquela forma de eticidade, já que passam a se colocar lado a lado, em relação de complementariedade³⁸⁴, afastando-se de qualquer possibilidade de fundamentação do **direito** pautada em uma hierarquia de normas, característica do chamado “**mundo pré-moderno do direito**”:

Através dos componentes de legitimidade da validade **jurídica**, o **direito** adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o **direito** à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do **direito**. A moral e o **direito** positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca.³⁸⁵

Partindo do artigo 4º da Declaração dos **Direitos** do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se pode ler:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis,³⁸⁶

ele afirma que o conceito de lei evidencia a idéia do igual tratamento já contida no conceito do **direito**: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos **direitos**.

As teses rosseauísta e kantiana, já explicitadas em capítulo anterior serviram como ponto de partida de Jürgen Habermas para explicar a *auto compreensão* das ordens **jurídicas**

³⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 139.

³⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 141.

³⁸⁶ Apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 113-114.

modernas, a partir dos **direitos** que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua existência, valendo-se do **direito** positivo³⁸⁷.

Em Habermas, as leis **jurídicas** obtêm sua legitimidade através de um **processo** legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do **povo**, o que dá origem ao paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. O paradoxo está em que os **direitos** dos cidadãos têm, de um lado, a mesma estrutura de todos os **direitos** que o permitem realizar o seu arbítrio, porque **direitos** políticos também são liberdades de ação subjetivas, que fazem do comportamento legal um dever.

Por outro lado, para Jürgen Habermas, o **processo** legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do **processo** de um *entendimento* dos cidadãos sobre regras de sua convivência. E, para preencher essa função de estabilização das expectativas modernas, o **direito** precisa conservar um nexo interno com a força integradora do agir comunicativo³⁸⁸, dependente da relação do princípio do discurso com a moral.

6.2 A legitimidade do direito processualmente construído

Indo além (embora reconhecendo o seu contributo) das respostas dadas pela teoria habermasiana do discurso, a teoria *neo-institucionalista* do **processo**, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, em coro com outros autores da escola mineira do **processo**³⁸⁹, vem afirmando que a legitimidade das **decisões**, no contexto de uma sociedade plural e democrática são as garantias processuais atribuídas às partes, pelos **princípios** do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, além da fundamentação das decisões.

Ao se sustentar, na perspectiva neo-institucionalista que o **processo** é instituição constitucionalizada que se define por tais **princípios**, o que se descontrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de 'eus' solipistas, inatos e

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 113.

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 115.

³⁸⁹ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do **DIREITO**.³⁹⁰

Prestando enorme contribuição à teorização do **Direito**, nas Democracias, Rosemiro Pereira Leal, além de alojar, em tais princípios, a legitimidade das decisões, considera esses princípios como princípios **autocríticos**, esvaziando deles qualquer idéia de “**essência**” ou **natureza**, porque se qualquer desses princípios se definissem a partir de uma **natureza** essencializada, o discurso (inacabado) que neles deposita o critério de legitimidade se transformaria em um discurso meramente retórico³⁹¹ (falação):

Embutiu-se o contraditório na isonomia sem considerar a complexidade do instituto da ‘simétrica paridade’ (isonomia), traduzindo-a nos estreitos limites da igual liberdade de participativa para todos. [...] A considerar o contraditório por uma ‘essência’ da oportunidade de estar no **processo** em igualdade com os outros, esquece-se como essa paridade se fundamenta para o exercício desse **direito**. A não colocar esse tema em cogitação, a AMPLA DEFESA se transmuta em tagarelice (falação) ou presença vital de partes escrevente ou falantes (praxis) com igualdade gozosa de falas ou posições ingênuas. A simétrica paridade é o princípio de conteúdos complexos que, ao seu esclarecimento, suplicam ingresso na demarcação teórica da dignidade que impõe, no plano instituinte-processual da LEI, nas democracias não opaidéticas, acolhimento como **direito** líquido e certo de auto-ilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica.³⁹²

Tais princípios, institutivos de garantias, não devem ser entendidos (e comumente o são) como atributos exclusivos do **processo** jurisdicional, sendo condições, antes, do **processo legislativo legítimo**.

A imprescindível atuação dos princípios institutivos do **processo**, na esfera legislativa (além da jurisdicional e da administrativa, que estão vinculadas às mesmas garantias constitucionais) está no fato de ser o **processo** legislativo o *locus* de construção, aplicação e extinção do **direito**, mediante o exercício de falantes legitimados ao **processo**.

Para Jürgen Habermas, como vimos, a validade normativa só pode se dar, em sociedades democráticas, em uma esfera discursiva, razão pela qual “o princípio da democracia destina-se

³⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 501.

³⁹¹ Sobre a retórica como expediente argumentativo, contra o qual se põe a teoria neo-institucionalista do processo (PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 511 e ss.).

³⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 504.

a amarrar um procedimento de normatização legítima do **direito**³⁹³ e, por outro, o princípio do discurso deve assumir, pela via da institucionalização **jurídica** “a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao **processo** normatização”³⁹⁴.

O que vem a ser esse **processo** de normatização, em sua procedimentalidade, contudo, não foi exposto por Habermas, que, além dessa omissão teórica, comete o erro de partir de uma suposta comunhão prévia de sentidos intersubjetivamente inferidos, a partir de contextos sociais estabilizados. Nem esses contextos estabilizados, nem aquela comunhão prévia são características das democracias.

O **processo** legislativo deve ser entendido como o **processo** no qual os argumentos dos falantes legitimados ao **processo (hermenêutica processual)** devem ser incessantemente testificados à luz de um pacto de significância previamente instaurado pela **Constituição**, o que é diferente, também, do que Günther denominou de sede dos discursos de fundamentação, já que condicionou a validade das normas à concordância de todos os implicados:

No discurso, trata-se da fundamentação da norma em geral de ação. Nesse caso, o princípio da universalização ‘U’ desempenha o papel de uma regra que deve proporcionar a passagem de evidências empíricas, a respeito das consequências e dos efeitos colaterais de uma aplicação geral da norma sobre as necessidades de cada um individualmente, para a norma que representa o interesse geral. [...] A aplicação de ‘U’ à hipótese da norma (W) serve para estabelecer uma ponte entre a norma e os interesses de todos os implicados, de modo que a validade da norma pode ser **condicionada** à concordância de todos os implicados.³⁹⁵

Em crítica feroz, Rosemiro Pereira Leal afirma que Günther “entende os discursos de fundamentação (justificação-aplicação) do **direito** pelo exercício de uma livre, natural e atomística liberdade (em si) organizativa (coerente) da fala entre comunidades (assembléias)”³⁹⁶.

Do mesmo modo, uma decisão (e a lei é uma decisão tomada no âmbito do **processo** legislativo) será legítima não porque foi tomada por uma maioria³⁹⁷, mas pelos **argumentos**, que a fundamentam:

³⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 145.

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 158.

³⁹⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 55-56.

³⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 504.

³⁹⁷ Já nos referimos, nesse trabalho, quando das considerações acerca do conceito de **povo**, à regra da maioria.

A fundamentação das normas **jurídicas** deve ser feita, no contexto de sociedades pluralistas (ou seja, naquelas em que projetos de vida diferenciados competem por se impor), **de forma neutra**. A palavra ‘neutra’ aqui não se refere a um determinado conteúdo, em si mesmo pretensamente neutro, mas a um **procedimento neutro**. A fundamentação de uma norma neutra é neutra se o procedimento utilizado para tanto for imparcial (Habermas, 1994^a: 374 et. seq). E imparcialidade é um termo que se refere ao conceito de melhor argumento.³⁹⁸

Assim, os argumentos não podem ser o espelhamento de evidências empíricas, desreferenciadas da Constituição, sob pena de nos perdermos no mito do contexto, assim definido por Karl Popper: “A existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão”³⁹⁹.

A ordem **jurídica** vigente tem que ser entendida como ordem **constitucional**, fixada a partir dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, de modo estabelecer a permanente sujeição do Estado às normas de **direito** emanadas da **vontade popular**, como explica Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Essa articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, obtida pelo entrelaçamento técnico e harmonioso das normas constitucionais, é classificada pela doutrina alemã como legitimação democrática do Estado de Direito, e qualificada pela doutrina italiana como democracia constitucional, porque revela um sistema constitucional marcado acentuadamente pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas **jurídicas** (Estado de Direito).⁴⁰⁰

Assim, não se pode admitir, no âmbito do **processo** legislativo, a apreciação do projeto de lei exclusivamente por uma das comissões específicas do Congresso Nacional, o que frequentemente ocorre entre nós. A explicação para isso está em que o legislador constituinte, na elaboração da Constituição de 1988, visando a atingir a tão celebrada celeridade, instituiu, no art. 58, § 2º, inciso I, a denominada decisão terminativa, de modo que há, no procedimento legislativo brasileiro, matérias que são apreciadas somente em Plenário, enquanto outros projetos de leis específicas – como o da Lei nº 11.277/06 – são apreciados por completo no âmbito de uma comissão específica, Permanente ou Temporária, conforme o caso.

Essa inovação constitucional representou, contudo, uma afronta ao **Processo** Constitucional e ao Estado Democrático, como comenta André Del Negri:

³⁹⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 150

³⁹⁹ POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 57.

⁴⁰⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito a jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º sem. 2005. p. 230.

Essa inovação, quanto à agilização dos trabalhos parlamentares, trazida pela Constituição da República, e acolhida pelos regimentos das Casas legislativas, é uma lamentável afronta ao **Processo** Constitucional e sobretudo à Democracia; daí, a necessidade de se fazer uma arguta crítica científico Interno do Senado e da Câmara como **procedimento legislativo** deficiente para assegurar o contraditório, e que, por isso, não pode substituir o Plenário, que deve ser compreendido como espaço de decisão de uma ‘Sociedade Aberta’ (democrática) pela observação dos princípios institutivos do **processo**.⁴⁰¹

O procedimento conduzido como uma discussão entre especialistas (**hermenêutica de especialistas**), com possibilidade de decisão terminativa, implica, sem dúvida, na mitigação da ampla defesa, isonomia e contraditório, institutivos de todo **processo**, suprimindo o espaço discursivo dos debates, que responderia pela legitimidade do conteúdo da lei, diminuindo-se, assim, o risco de favorecimento a interesses não sociais.

Como pontua André Del Negri:

As decisões ocorridas dentro das comissões (**consultoria especializada**) provocam o risco de projetos representarem interesses particulares de deputados e senadores afetando, frontalmente, a cidadania, a soberania popular e a própria Constituição pela não aplicabilidade dos princípios processuais constitucionais incidindo em sério desrespeito ao Devido **Processo** Legislativo. O abandono de formas discursivas e negociais desenvolvidas sem contraditório e ampla defesa, e fora do plenário é de extrema negatividade para a democracia, haja vista a complexidade das sociedades no mundo pós-moderno, que passam pela **simplificação dos discursos de minorias parlamentares**.⁴⁰²

Tal simplificação é realmente lamentável se se atenta para o fato de que só há, efetivamente, o devido **processo** legislativo se o procedimento legislativo puder ser convertido em **processo**. E, se isso só é possível em Estados Democráticos de **Direito**, logo, qualquer afronta aos princípios constitucionais do **processo**, no âmbito do **processo** legislativo, é uma afronta ao próprio Estado Democrático de **Direito**, como explica Marcelo Campos Galuppo:

Não é em qualquer regime que tal procedimento pode converter-se em **processo**: O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de **Direito**, em que seja permitida a todos a participação, diretamente ou não, nesta estrutura de produção de normas. Em especial, no sistema representativo, é essencial que todos os membros competentes⁴⁰³ possam potencialmente participar da discussão de uma lei para que, ao final, se possa falar em **processo** legislativo.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 81.

⁴⁰² DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 82-83.

⁴⁰³ Deve-se entender por “membros competentes” os falantes legitimados ao processo.

⁴⁰⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo. **Cadernos da Pós-Graduação: Teoria Geral do Processo Civil**, Belo Horizonte, v. 01, p. 07-28, 1995. p. 17.

Do contrário, não seria possível conceber a auto legislação que caracteriza a democracia, como condição sem a qual não se concretizam as autonomias pública e privada dos cidadãos, como quer Jürgen Habermas (sem, contudo, ter tratado da procedimentalidade que habilite essa auto legislação):

A idéia da auto legislação de civis exige que os que estão submetidos ao **direito**, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do **direito**. [...] somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do **direito** uma compreensão correta da ordem **jurídica** em geral. Pois o **direito** legítimo só se coaduna com um tipo de coerção **jurídica** que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao **direito**.⁴⁰⁵

Qualquer lei, nascida de uma decisão terminativa de uma comissão especializada e, portanto, não processualizada, padece do vício da inconstitucionalidade, não se podendo esperar outra consequência que não a inconstitucionalidade, também, do **processo** de aplicação da mesma lei (constatação que não se limita ao vício no **processo** legislativo, mas ao próprio conteúdo do texto normativo criado).

Importante atentar para a distinção ofertada por Rosemiro Pereira Leal entre jurisdição e judicação, de modo a que o julgamento (judicacionalidade) não possa ser pensado sem a jurisdição da lei, pelo devido **processo** legislativo.

Discernir jurisdição (conteúdo da lei) e judicação (atos de decisão egressos dos conteúdos da lei) torna-se indispensável à compreensão do **PROCESSO CONSTITUCIONAL**, porque a judicacionalidade, seja no âmbito judicial ou da administração, não dispensa a jurisdição da lei nas democracias pelo devido **processo** legislativo.⁴⁰⁶

Nos Estados Democráticos, a judicação, com o sentido explicitado acima, não pode ser entendida não como atividade jurídico-resolutiva, interpretativo-pessoal do juiz ou dos agentes do Estado, mas como decisão egressa do conteúdo da lei, formulada democraticamente, de modo a evidenciar-se como anacrônica e disforme a insistência na jurisdição do decisor (hermenêutica solipsista).

⁴⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 157-158.

⁴⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. v. 2, p. 25.

A idéia de um juiz excepcionalmente qualificado, como quer Ronald Dworkin ⁴⁰⁷, para atuar como representante dos cidadãos e assegurar a integridade⁴⁰⁸ da comunidade **jurídica** não se coaduna com a procedimentalidade discursiva exigida pelo Estado Democrático de **Direito**, como pontua Jürgen Habermas:

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. [...] O próprio reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente assegurada quando localiza o fundamento da igualdade do **direito** a liberdades subjetivas no **direito** a iguais liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do **direito** no ideal político de uma ‘sociedade aberta de intérpretes da constituição’ ao invés de apoiá-las na personalidade de um juiz que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.⁴⁰⁹

Logo, a noção de racionalização⁴¹⁰ do julgamento, em uma sociedade jurídico-democrática tem que, necessariamente, estar vinculada às noções de jurisdição constitucional e **processo** constitucional, que têm o seu controle de atuação, nas democracias plenas, pelo devido **processo** legislativo, “que é instituto jurídico de sustentação permanente do DEVIDO **PROCESSO CONSTITUCIONAL**”⁴¹¹.

José Alfredo de Oliveira Baracho já alertava para o fato de que a exigência do **Processo** Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional⁴¹².

Como leciona Rosemiro Pereira Leal:

Nas democracias, para se colocar uma lei no lugar da outra, para alterá-la ou modificá-la, há de se partir de uma lei para outra pela via construtiva do **PROCESSO CONSTITUCIONAL**, que é o ser jurídico perpétuo (instituição legal) nas

⁴⁰⁷ “Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 405).

⁴⁰⁸ “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar **direitos** e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 273).

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 157-158.

⁴¹⁰ Interessante notar que fora exatamente essa a palavra utilizada por José Alfredo de Oliveira Baracho, em 1984, para definir a Jurisdição Constitucional: “o processo de racionalização do poder surge com o exame de outra instituição do Direito Constitucional: trata-se da Jurisdição Constitucional” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97).

⁴¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. v. 2, p. 25.

⁴¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 347.

democracias plenas que cria e impõe garantia do contraditório, ampla defesa e isonomia na base constitucional do espaço político, tornando-os devidos. Por isso é que o devido **processo** legal é o dever-ser posto pelo **PROCESSO CONSTITUCIONAL**.⁴¹³

Essa passagem pelo **processo** constitucional precisa a compreensão do controle de constitucionalidade, que deixa de ser visto como instituição de defesa de minorias ou como forma de proteção de valores substantivos (como querem os comunitaristas) para ser entendido principalmente como controle do **processo** de *produção das leis*, como leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A função essencial do controle de constitucionalidade será a de examinar e garantir a pura concretização das condições procedimentais da gênese democrática do **Direito**. Assim, em primeiro lugar, os Tribunais Constitucionais devem se preocupar com a regularidade do **processo** legislativo, no qual se destaca, em razão de sua importância, a revisão constitucional.⁴¹⁴

Não se entenda, por isso, que o controle de constitucionalidade deva se limitar ao exame dos requisitos do **processo** legislativo. Ao contrário, na produção do discurso de aplicação, quando da adequação da norma ao caso concreto, a judicialidade judicial deve defender, quando for o caso, a ilegitimidade da norma ordinária face às exigências do referente constitucional de legitimidade normativa. À garantia de participação do cidadão na justificação, interpretação e aplicação do **direito** Marcelo Cunha de Araújo denominou *Novo Processo Constitucional*⁴¹⁵.

6.3 Uma visão ajustada da eficiência

O termo *eficiência* é frequentemente utilizado como sinônimo de **eficácia** e, o que é sintomático na pós-modernidade, não raramente sob uma perspectiva utilitarista⁴¹⁶, que se afasta

⁴¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. v. 2, p. 22.

⁴¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248.

⁴¹⁵ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 90.

⁴¹⁶ “Na base de tudo entroniza-se a ‘ideologia tecnocrática’; a legitimação dá-se pela performance, sendo o lugar da ética usurpado pelo conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim perseguido e este fim é ele próprio desejável por produzir resultados que satisfaçam a uma finalidade mais geral” (LYOTARD, J.-F. *A condição pós-moderna*, apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 jul. 2004).

do sentido do termo efetividade, como consumação de algo, levado à sua plenitude⁴¹⁷.

A indagação que se põe é se esse tipo de efetividade (eficiência) mostra-se compatível com uma Teoria do **Processo** construída sobre bases democráticas e, em caso positivo, como pode ser adequadamente compreendida, na perspectiva do Estado Democrático de **Direito**.

Partindo do reconhecimento de que a Constituição é o referente lógico a partir do qual se articulam os discursos de produção, aplicação e extinção do **direito**, é imperioso reconhecer, quando o assunto é *eficiência*, que no dia 31 de dezembro de 2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, inspirada, sobretudo, na insatisfação popular com o exercício da função judicial.

Com essa Emenda, por força da norma contida no art. 5º, inciso LXVIII, além de a jurisdição ser **direito** fundamental, esse **direito** passa a ter que ser prestado em um prazo razoável, com o efetivo cumprimento das normas e prazos processuais previamente fixados no **processo** legislativo, como ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Em outras palavras, o **direito** fundamental do povo de acesso à jurisdição (Constituição, artigo 5º, inciso XXXV), envolve o **direito** de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Se descumprida esta recomendação, a função jurisdicional do Estado se qualifica como inacessível ao povo, por não apresentar solução decisória em tempo útil, no **processo** que a provocou, em aberto desrespeito ao texto da Constituição (artigo 5º, inciso LXXVIII) impondo ao Estado a obrigação de reparar os danos causados, se o prejudicado a requerer em **processo** próprio.⁴¹⁸

E, ainda, em obra específica sobre o tema:

Sendo assim, em face do ordenamento jurídico-constitucional vigente, o exercício da função jurisdicional pelo Estado Brasileiro de forma defeituosa, inadequada e intempestiva, fora de um tempo razoável ou útil, motivado por dilações indevidas do **processo**, tal significando serviço público jurisdicional ineficiente, impondo prejuízos aos particulares, acarreta sua responsabilidade, em virtude da inobservância dos princípios da eficiência dos serviços públicos, da prevalência dos direitos humanos e da incorporação no seu **direito** interno das normas de proteção aos direitos humanos contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica).⁴¹⁹

⁴¹⁷ “De há muito que ainda não se pensa, como bastante decisão, a Essência do agir. Só se conhece o agir como a produção de um efeito, cuja efetividade se avalia por sua utilidade. A Essência do agir, no entanto, está em con-sumar. Con-sumar quer dizer: conduzir uma coisa ao sumo, à plenitude de sua Essência. Levá-la a essa plenitude, *producere*. Por isso, em sentido próprio, só pode ser consuma o que já é” (HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995. v. I, p. 23-24).

⁴¹⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito a jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º sem. 2005. p. 232.

⁴¹⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 203.

Uma análise rápida, assistemática e à margem do referente constitucional poderia dar a impressão, por exemplo, de que a inserção do artigo 285-A, no Código de **Processo** Civil brasileiro, face à Emenda 45, seria o mais precioso instrumento de sua viabilização. Ou seja, a prerrogativa de decidir, sem citação, quando a matéria controvertida for unicamente de **direito** e já houver sentença de total improcedência em caso análogo, seria ilusoriamente vista como concretizadora de eficiência, no exercício da função judicial.

Essa compreensão, contudo, ofende a normatividade constitucional que estabelece a exigência de se obter a prestação judicial em um tempo razoável sem prejuízo das garantias processuais constitucionais dos cidadãos, não se tolerando, por isso, a supressão do contraditório, da ampla defesa, do **direito** à produção de provas lícitas, do duplo grau de jurisdição e da fundamentação racional das decisões que, como mencionamos, deve concretizar a adequação do **direito** aos casos concretos.

Crítico feroz da possibilidade de qualquer dessas supressões, Rosemiro Pereira Leal leciona:

Agora, outra utopia da boa decidibilidade está a nascer numa especialidade que, segundo se apregoa, irá aperfeiçoar a corrente realista do decisionismo judicial. Trata-se da juscibernética, que, por banco de dados organizado pela informática **jurídica**, fornecerá ao juiz, em linguagem algorítmica (fórmulas fixas), uma ratio jurisprudencial para congelar o rumo das decisões, realizando a eternização da autocracia **jurídica** de uma ‘justiça rápida’ pela construção pretoriana sabiamente uniformizada e armazenada ao longo do tempo pela prodigiosa memória do computador.⁴²⁰

Uma adequada compreensão do **processo**, nas democracias constitucionalizadas, como a estabelecida pela Constituição da República de 1988, no Brasil, impõe a consideração dos **argumentos (hermenêutica argumentativa processualizada)** – referenciados pela legalidade – arguidos por todos os cidadãos e jurisdicionados envolvidos, em uma igualdade processual. Isso implica em dizer que ao juiz não é dada a prolação da sentença de forma solitária, sendo necessário que o provimento final seja construído pelas partes, no espaço e tempo (**deixam, por isso, de ser conceitos naturais**) concedidos em rigorosa paridade, com todos os meios legais que o **Direito** lhes faculte para a produção das provas e dos argumentos. Só assim a sentença será legítima, já que as partes se reconhecerão, ao mesmo tempo, produtoras do ato e destinatárias de seus efeitos.

Essa é, como, ensina Aroldo Plínio Gonçalves, a primeira (no sentido de mais elementar) proteção que o ordenamento jurídico precisa oferecer aos jurisdicionados, qual seja, a de

⁴²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 72.

“quando destinatários dos efeitos da sentença, participar dos atos que a preparam, concorrendo para sua formação, em igualdade de oportunidades”⁴²¹.

Ademais, o Estado Democrático de **Direito** tem que ser pensado e concretizado como espaço de testificação constante dos preceitos que compõem o ordenamento jurídico, conforme o método popperiano⁴²², sendo certo que o **processo** da política deliberativa constitui o âmago do **processo** democrático. E essa política plural tem que ser construída em todos os âmbitos processuais de criação, aplicação e extinção de **direitos**.

Assim, o princípio da eficiência está atrelado aos princípios da legalidade e da democracia, de modo que, a noção de tempo cronológico (**natural**), vivido no cumprimento dos prazos prescritos nas legislações processuais, não pode suprimir a exigência de obediência a todos os **direitos** e garantias processuais constitucionais, empobrecendo, por um lado, a noção de tempo⁴²³ e, por outro, a de eficiência.

Nesse sentido, absolutamente imprescindível a lição de Rosemiro Pereira Leal:

A novidade constitucional da ‘razoável duração do **processo**’ (art. 5º, LXXVIII, CB/88) agregados aos ‘meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ se não compreendida aos moldes teóricos (paradigma) de status democrático no sentido neo-institucionalista (lôcus jurídico-discursivo por uma lexis persuasiva processualmente ofertada) cria óbices (exceções soberanas) a interditarem os direitos ali colocados como fundamentais.⁴²⁴

Na contemporaneidade democrática, portanto, a racionalidade da atividade jurisdicional está na participação das partes, exigidora de uma **hermenêutica processualizada**, em simétrica

⁴²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 173.

⁴²² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 117. “Só com Popper foi possível questionar a certeza ideológica tão cultuada do empirismo lógico da ciência indutivista tida secularmente como exata. A fórmula procedimental de Popper (P1= TTàEE=P2P3P4...), em que se concebe uma problematização incessante do discurso do conhecer, é que relativizou a certeza de uma razão instrumental como referente infalível de soluções verdadeiras e salvadores em todos os campos do saber”.

⁴²³ Muitas são as significações do tempo havendo, entre nós, um grande empobrecimento da noção de tempo. Em um fragmento de Heráclito, por exemplo, onde o tempo é definido como “um jogo de crianças”, “aiôn” designou “tempo”, querendo significar, possivelmente, “o acaso”. Há entre os gregos a referência, também, a “khronos”, a duração. A duração pode ser longa ou breve, sendo uma espécie de manifestação do tempo. Esse é o sentido que normalmente nós damos ao tempo. Há, também, “kairós”, que sugere a compreensão do tempo como efetividade, concretização. E, ainda, sem esgotar outras eventuais referências, “ethos”, que Heráclito, em outro fragmento, usou como podendo estar se referindo ao tempo: “daimon é o ethos anthropou”, o que significa “o extraordinário é a morada do homem”, sendo que morada (ethos) é o lugar onde uma pessoa habita, onde uma pessoa se estabelece com intenção de permanecer, onde uma pessoa se demora (esse o sentido do verbo francês *demeure*, da palavra italiana *dimora* e do conceito de domicílio, em Direito) (D’AMARAL, Márcio Tavares. Sobre tempo: considerações intempestivas. In: DOCTORS, Márcio (Coord.). **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 26).

⁴²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008. p. 505.

paridade, tanto na reconstrução fática quanto na interpretação argumentativa das normas, no procedimento de construção da decisão judicial.

Como alerta Rosemiro Pereira Leal⁴²⁵, efetividade e a validade no Estado Democrático de **Direito** não podem mais ser concebidas pelo ordenamento jurídico **em si mesmo**, pelo Estado ou pelo órgão jurisdicional (**modos autocraticamente naturais**). São os destinatários da normatividade legislada que legitimam a validade e a eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido **processo** legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis.

A eficiência deve significar, portanto, a consumação do exercício da função jurisdicional de conformidade com os princípios normativos informadores do **processo** em uma sociedade democrática – imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, isonomia, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do **processo** em prazo razoável, **direito** à prova, dentre outros.

Isso porque, a racionalidade do **Direito** Processual não há de ser uma racionalidade utilitarista, mas uma racionalidade orientada pela processualidade que a fundamente e, ao mesmo tempo, seja fundamentada pelo discurso legal democrática e devidamente instaurado pelo **povo**.

⁴²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 145.

7 CONCLUSÃO

Nossa investigação mostrou que não parece haver, nem sequer dentro de limites previamente fixados, um conceito de **natureza**, mas vários e muitos conceitos de **natureza** distintos e muitas vezes incompatíveis entre si, os quais sugerem uma série de antagonismos, que se mostram como férteis provocações teóricas no campo do **direito** e do **processo**, a saber: animal (**ser natural**) *versus* homem (**ser de linguagem**); **direitos naturais** *versus* **direitos humanos** (e também *versus* **direitos** fundamentais); tempo cronológico (**natural**) *versus* tempo procedimental (**convencional**); fala (**natural**) x discurso (**referenciado logicamente**).

Rosemiro Pereira Leal, em trabalho absolutamente inovador, porque oferta à comunidade científica do **Direito** um estudo atento às contribuições da psicanálise⁴²⁶ para o rompimento com a idéia de uma razão iluminada (reta razão kantiana), guiou-nos no apontamento de cada uma dessas uma dessas oposições.

O que se deve fixar da oposição **animal** *versus* **homem** é a sua capacidade de se posicionar para além do reino da necessidade (natureza como causalidade). Como leciona Rosemiro Pereira Leal:

A psicanálise já demonstrou de Freud a Lacan e por toda a escola lacaniana que é na linguagem que o ser **humano** se distingue do **animal**, uma vez que demanda e desejo **não** são da ordem de necessidades. Entretanto, não é na linguagem do pré-consciente (recalcamentos) que, no **direito**, se disponibilizaria, na atualidade, uma abertura para a realização dos direitos humanos ou entregando-se ao Outro (a um sujeito suposto saber de uma psicologia não psicanalizada) o encargo (ônus) da interpretação (e doação) de sentidos (jurisprudência) dos conteúdos das garantias legais como lamentavelmente se depreende da prática kelseniana dos juízos monocráticos ou colegiados tribunalísticos por decisões **não** procedimentalmente processualizadas (súmulas vinculantes, urgências tutelares, juizados especiais, procedimentos sumaríssimos).⁴²⁷

Essa oposição, **animal** *versus* **homem**, leva-nos a reconhecer o homem como um ser de e na linguagem, o que exige que se rejeite, na perspectiva do **direito**, a idéia de que a realização

⁴²⁶ “A psicanálise oscila entre a teoria pragmático-linguística do discurso e a irrepresentação do *real* lacaniano e rompe com a racionalidade auto-iluminada da eunomia inata do sujeito normativo” (LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, n. 1, 2006, também publicado como apêndice em: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008. p. 489).

⁴²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008. p. 485.

dos **direitos** humanos dependam de um Outro (Julgador – Super Homem?) a quem se atribua a responsabilidade (salvífica⁴²⁸) de assecuração dos **direitos**.

É por essa razão que se torna obrigatório o rompimento com uma como hermenêutica **jurídica** entendida como teoria da interpretação, subsidiada por um aparato metodológico que rege a **arte** de imprimir e extrair sentido dos conteúdos do **direito**, por parte de um intérprete solipsista, dotado de uma aptidão (**naturalizada**) para desvelar o **direito**, a partir de suas pré-compreensões (**natureza psicológica e histórica**).

Como alerta Rosemiro Pereira Leal, “descobriu-se que o **Direito** vem sendo falado pela voz do Outro cultural (linguagem dos mortos e dos magos engendrada na tríade da tradição, mito⁴²⁹ e utopia”.

Sobre a oposição **fala versus discurso**, “não é a fala natural que instaura o exercício dos direitos humanos”⁴³⁰. Seja a fala **natural** alojada na tradição ou colhida na história, seja a fala **natural** inscrita na consciência humana, seja a fala **natural** alojada nas escrituras, como *médium* entre o divino e o humano. Qualquer fala **natural**, produzida fora do exercício lingüístico de produção e aplicação de sentido, pelos sujeitos de **direito**, esvazia o próprio significado humano do **direito** (que se torna servo da história, da biologia e da religião).

Aliás, outro não foi o sentido da busca de um **direito natural**, ao longo dos séculos, como critério de fundamentação externa ao/do direito, seja sob as bases cosmológicas (**natureza** como *physis*) seja sob bases teológicas (**natureza** por derivação de Deus), seja sob bases hipotético-contratualistas (**natureza** como hipótese do não-ser do estado, para

⁴²⁸ Cf., por exemplo: LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. In: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 240: “O Magistrado não deve fazer nada a na ser com o objetivo de assegurar a paz civil e a propriedade de seus súditos”, sendo de se lembrar que propriedade, para Locke, é um termo que contempla todos os demais **direitos** naturais, o que pode ser conferido na seguinte passagem: “não é sem razão que o homem procura e deseja unir-se em sociedade com os outros que já estão reunidos, ou têm a intenção de reunir-se, para a mútua conservação da *sua vida, liberdade e bens, coisas que denomino ‘propriedade’ usando um termo abrangente*” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 132, grifo nosso).

⁴²⁹ Oportuno lembrar o conceito hegeliano de mito, exatamente porque esse filósofo trabalhou a idéia de uma pedagogia humana, através do mito, idéia essa da qual uma sociedade democrática tem de estar liberta: “O mito é uma forma de exposição que, na medida em que é mais antiga, suscita sempre imagens sensíveis adaptadas à representação, não ao pensamento; mas isso atesta a impotência do pensamento que ainda não sabe manter-se por si mesmo e, portanto, não é ainda pensamento livre. O mito faz parte da pedagogia do gênero humano porque estimula e atrai ocupar-se do conteúdo. Mas, como o pensamento está nele contaminado com as formas sensíveis, ele não pode exprimir o que o pensamento deseja exprimir. Quando o conceito amadurece não tem necessidade de mitos” (HÉGEL apud REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994. v. II, p. 40).

⁴³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008. p. 485.

justificação da sua existência).

A oposição **direitos naturais** *versus* **direitos humanos** coloca, de um lado, **direitos** considerados a partir de uma autoconceptividade (e por isso denominados **naturais**), seja sob o prisma de um inatismo, seja sob o prisma da dispensabilidade de um discurso legal como *locus* de concepção desses **direitos** e, de outro, os **direitos humanos**, contemporaneamente normatizados como **direitos fundamentais** e abrigados sob o teto das constituições democráticas.

Esses últimos (**direitos** humanos/fundamentais), contudo, em nada diferem dos primeiros (naturais) se compreendidos como significados dados, estáticos, historicamente consolidados, pétreos, se não for dado aos sujeitos de **direito** a possibilidade de reconstrução, incessante, da sua significação, o que faria da alteração terminológica de **direitos humanos** para **direitos fundamentais** uma metonímia (simples mudança de nomes, como já alertava Demócrito), vazia de qualquer avanço para as democracias.

Esses direitos ditos humanos, ao receberem o nome (transformação em outra coisa) de direitos fundamentais, ora individuais (vida, dignidade, liberdade-igualdade), ora econômicos-sociais (existência digna, valorização do trabalho, justiça social, pleno emprego), conforme se vê nos arts. 5º e 170 e seus incisos e parágrafos da Constituição vigente, continuam auto-conceptivos de si mesmos, se não examinados pelo eixo hermenêutico do devido **processo** [...].⁴³¹

O problema da autoconceptividade não é outro que aquele no qual incorreu a proposta kelseniana de identificar a legitimidade do direito com a autoridade do Estado, esvaziando qualquer proposta de uma fundamentação do direito que não fosse a norma fundamental.

Ao rompermos com o objetivo das teorias jus naturalistas, qual seja, o de enunciar um fundamento externo e superior, para o direito, não pretendemos, com isso, combater a proposta de uma fundamentação para o direito.

Nosso objetivo foi o de demonstrar o esvaziamento do sentido de um discurso sobre a fundamentação erigido sobre as bases da tradicional e arcaica busca pela **natureza** do direito e do processo. Isso porque, a busca pela **natureza** não tem não trouxe qualquer contributo crítico para o **direito**. Ao contrário, sustentou, ao longo dos séculos, discursos retórico-opressores, que afastaram do **povo** a sua condição de **autor do direito**.

Não estamos propondo, por isso, nenhuma alteração da taxionomia jurídica do processo,

⁴³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008. p. 484.

tradicionalmente alojada nas teorias sobre a natureza jurídica do processo. Uma tal alteração, como adverte André Cordeiro Leal⁴³², não implicaria em uma reflexão hábil a sustentar, teoricamente, o problema da legitimidade das decisões **jurídicas**, nas democracias. Aliás, uma mera alteração classificatória foi operada inúmeras vezes, sem que fosse alterada a compreensão acerca do significado do **processo**.

Por isso decidimos romper com proposta teórica de perseguir uma **natureza jurídica ao processo**, sugerindo, inclusive, que os nossos esforços teóricos se concentrem em testificar teorias e conceitos que vêm sendo reproduzidos e retransmitidos sem qualquer compatibilização com o referencial semântico-normativo da Constituição.

Não podemos, contudo, sustentar a favor da proposição “não existe uma **natureza jurídico do processo**”, um argumento simplesmente “constitucional”.

De fato, considerando a vinculação do termo Constituição com o termo *politéia*⁴³³, como aparece nas obras de Aristóteles e Xenofonte, designando a idéia de uma estruturação da *polis*, uma associação política cuja ordem é estabelecida a partir de uma mimetização em relação à **natureza**, já que existe um **lugar natural** para todas as coisas (e classes de pessoas) no universo, não teríamos êxito algum, com um argumento constitucional.

Considerando, por outro lado, que as revoluções havidas nos séculos XVII (Inglesa) e XVIII (francesa e norte-americana), consagraram uma ruptura política com o modo de organização antigo, visto como irracional e opressor⁴³⁴, e estabeleceram a idéia do Estado de Direito, sob a égide de um novo constitucionalismo, aí sim podemos visualizar um argumento a nosso favor.

Supondo, ao contrário, que admitíssemos manter a busca por uma **natureza jurídica do processo**, a enunciação das quatro causas do **processo**, como sugerem as preocupações da tradição, centradas no pensamento de Aristóteles, nos obrigaria a apontar como sua causa eficiente do processo o **Povo**. Assim, nosso apontamento das quatro causas do **processo** seria:

⁴³² LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. p. 112.

⁴³³ Claude Mossé que esse termo é geralmente traduzido como “constituição”, embora tenha sentido bem mais amplo e complexo, já Aristóteles, quando escreveu a *Politéia dos Atenienses*, bem como Xenofonte, na *Politéia dos lacedemônios*, não se referiram apenas ao conjunto das instituições que governam a cidade, mas a estrutura da sociedade, o *modus vivendi*, da educação, dos lares etc. (Verbete: *Politéia*. In: MOSSÉ, Claude. **Dicionário da civilização grega**. Tradução de Carlos Ramalhe e André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 241).

⁴³⁴ A igualdade dos antigos, denominada geométrica, já que cada devia receber na proporção de suas contribuições, para a polis, é, sob a ótica moderna, um critério de exclusão social, sendo incompatível com as categorias políticas da modernidade (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 48-49).

causa material: a factidade do mundo da vida; causa essencial: o contraditório; causa motora: o **povo**; causa final: a concretização dos **direitos** fundamentais previstos na Constituição, bem como de toda a legalidade infraconstitucional, dela derivada. A tradição, ao contrário, quando opera essa enunciação, aponta, em geral: causa material: a lide; causa essencial: o Estado; causa motora: o Juiz e causa final: a Jurisdição.

Nas democracias, a Constituição é, por um lado, o *locus* do **processo**, sede da sua existência e, por outro, nascida do próprio **processo**, o que dá legitimidade ao **direito** que ela afirma.

Reconhecemos, por outro lado, a deconstrução da **natureza jurídica do processo** implica em uma perda do pilar estável tradicionalmente sustentado na **natureza**, o que provoca o que Karl Popper denominou “tensão da civilização”, porque as instituições, antes seguras (e naturalmente fixadas, apresentam-se, agora, indeterminadas e carecedoras da ação dos indivíduos, que têm que assumir o ônus de enfrentar o desconhecido e o incerto.

Mas é essa tensão que aumenta nossa responsabilidade no mundo:

Parte dessa tensão está em nos tornarmos cada vez mais dolorosamente conscientes das grandes imperfeições de nossa vida, das imperfeições pessoais e institucionais, do sofrimento evitável, do desperdício, da desnecessária hediondez e, ao mesmo tempo, de não nos ser impossível fazer algo com relação a tudo isso, mas de que tais melhoramentos seriam tão árduos de realizar quanto são importantes. Essa consciência aumenta a tensão da responsabilidade pessoal, de carregar a cruz de ser humano.⁴³⁵

Por fim, levando em conta o projeto (inacabado) de assumir a teorização da contribuição da psicanálise, para o **Direito**, acreditamos ser possível dizer que as democracias confirmem que a tese freudiana de que “os desejos incompatíveis [pluralismo], não obstante a repressão, continuam a dar sinal de si no inconsciente”⁴³⁶, sendo o maior desafio transpor esse sinal (no inconsciente) para o consciente do **povo** (instaurado na linguagem), através de espaços processualizados, que possam ofertar garantias à realização de seus **direitos** (e desejos).

Nesse contexto, o discurso desacreditado na democracia e a sugestão, nostálgica, de um regresso ao Estado Social deve ser entendido como um sentido de culpa (“a culpa do homem se origina do complexo edípico e foi adquirido quando da morte do pai, pelos irmãos

⁴³⁵ POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia/EDUSP, 1987. v. 1, p. 215-216.

⁴³⁶ FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Tradução de Durval Marcondes. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 30.

reunidos”⁴³⁷), ainda mais fortalecido do que nas relações familiares, do qual temos que nos libertar (“o preço que pagamos por nosso avanço em termos de civilização é uma perda de felicidade pela intensificação do sentimento de culpa”⁴³⁸), por ser a causa de nossas neuroses, ainda que não admitamos⁴³⁹.

Chegada a hora de dar publicidade a esses escritos, esperamos que o mimetismo de questões já tratadas por outros autores, revistas pela nossa proposta de uma ruptura com a utilização do termo **natureza** no âmbito da teoria **processo** (e do **direito**) oferte a eclosão, em torno do tema, de um novo interesse, de novos e valiosos estudos. E, assim, não não terá sido em vão.

⁴³⁷ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 92.

⁴³⁸ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 97.

⁴³⁹ “Nossos pacientes não acreditam em nós quando lhes atribuímos um “sentimento de culpa inconsciente” E “é bastante concebível que tampouco o sentimento de culpa produzido pela civilização seja percebido como tal, e em grande parte permaneça inconsciente, ou apareça como uma espécie de *mal-estar*, uma insatisfação geral para a qual as pessoas buscam outras motivações” (FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 98-99).

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbitrio**. Tradução Ir. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Período clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha**. São Paulo: Edusp, 1994.
- ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile e italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.
- ÁNGELIS, Dante Barrios de. **Introducción al estudio del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983.
- AQUINO, Tomás de, Santo. **O ente e a essência**. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 2005.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- ARISTÓTELES. **Categorias**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Ed. Instituto Piaget Coleção Pensamento e Filosofia, 2001.
- ARISTÓTELES. **Física**. Traducción y notas Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Valandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.
- ARISTÓTELES. **Organon**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997.
- ASSIS, Jacy. **Couture e a teoria institucional do processo**. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1961.

ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. **A natureza do conhecimento jurídico**: entre ciência e prudência: a lógica abdutiva e a fundamentação do direito em Theodor Viehweg. 2005. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral das constituições escritas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 60/61, 1985.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2004.

BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991.

BOBBIO, Norberto. Alguns argumentos contra el derecho natural. In: V.V. A.A. **Crítica del derecho natural**. Madrid: Taurus, 1966.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Mário Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BÜLLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999. v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 4: Procedimento de conhecimento.

CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CHAVES, Jorge Fulgêncio Silva. **O poder**: visões lineares e não lineares. 2004. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONNOR, Steven. **Cultura pós-moderna**: introdução às teorias do contemporâneo. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

CORETH, Enrich Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: Edusp, 1973.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

D'AMARAL, Márcio Tavares. Sobre tempo: considerações intempestivas. In: DOCTORS, Márcio (Coord.). **Tempo dos tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 15-32.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do método, as paixões da alma, meditações**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://sociologia.incubadora.fapesp.br/portal/publicacoes-1/apostilas/discursometodo.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito a jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º sem. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DILTHEY, Wilhem. **Introduction à l'étude des sciences humaines**. Tradução de Louis Sauzin. Paris: Presses Universitaires de France, 1942.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DULCE, Maria José Farinas. La 'Ficción' em la Teoria Juridica de Hans Kelsen. **Revista Crítica Jurídica**, Madrid, n. 18, p. 102, jun. 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação**: exposição crítica. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Tradução de Durval Marcondes. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRUCHON, Pierre. **L'herméneutique de Gadamer**: platonisme et modernité. Paris: Lês Éditions du Cerf, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. v. I e II.

GALUPPO, Marcelo Campos. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo. **Cadernos da Pós-Graduação: Teoria Geral do Processo Civil**, Belo Horizonte, v. 01, p. 07-28, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são os direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **La definicion del derecho**. México: Stylo, 1948.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDSCHIMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 4. ed. Madri: Editorial Civitas, 1998. v. I.

GUASP, Jaime. **Juez y hechos en el proceso civil**: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943.

GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GUERRA, Marcelo Lima. Jaime Guasp e o conceito de pretensão processual. **Mundo Jurídico**, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUTHRIE, William Keith Chambers. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

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

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

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição pra a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995. v. I.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 2002.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução de Marco A. Zingano. São Paulo: P&PM Editores, 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo B. Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Tradução de Lolini. Buenos Aires: Libreria Perdalo, 1939.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 27-71, jan./jul. 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução de Mário da Gama Kuri. Brasília: UnB, 1994.

LAGES, Cíntia Garabini. Direito-garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. II, p. 85-104.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 133 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). **Estudos continuados de teoria do processo**: processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. São Paulo: IOB Thonsom, 2004. v. 5.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Podivm, 2008. p. 905-916.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/Fumec, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf. Acesso em: 26 jul. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e interpretação do Direito; busca de um novo médium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia - a ação jurídica como exercício da cidadania. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acesso em: 26 jul. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. **Revista do Curso de Direito da Fumec**, Porto Alegre, v. 3, p. 7-23, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. v. 2: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial**: a crise jurídica das economias. Leme: Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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

LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. In: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 235-290. (Clássicos do pensamento político).

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Loba da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Clássicos do pensamento político).

LUCRÉCIO CARO, Tito. **Da natureza**. Tradução de Agostinho da Silva et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LUFT, Eduardo. **Fundamentação última é viável?** Porto Alegre, 2001. Disponível em: http://www.academia.edu/22981728/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_%C3%BAltima_%C3%A9_vi%C3%A1vel_2001. Acesso em: 17 nov. 2007.

MAGALHÃES, Theresa Calvet. **Filosofia analítica**: de Wittgenstein à redescoberta da mente. Belo Horizonte: Produção Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Direito e coerção**. São Paulo: Unimarco, 1999.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Vega, 1974.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOSSÉ, Claude. **Dicionário da civilização grega**. Tradução de Carlos Ramallete e André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 7-37, jul./dez. 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEF, Frédéric. **A linguagem**: uma abordagem filosófica. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Carlos Silveira. **Do agravo de instrumento**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 jul. 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.

PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1995.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano I, v. 1, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIMENTA, Luciana Pereira. **Liberdade e direito**: a tarefa da paz perpétua em Kant. 2004. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

PIMENTA, Luciana Pereira. Universalidade nomotética no diálogo “Político” de Platão à luz das doutrinas não escritas. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v. 26, n. 84, p. 31-64, 1999.

PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PLATÃO. Político. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PLATÃO. República. In: PLATÃO. **Diálogos**. Tradução de Jorge Pleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PLATÃO. **Teeteto Crátilo**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Ed. UFPA, 2001.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 10 jun. 2018.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hedenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia/EDUSP, 1987. v. 1.

POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 1996.

PROTAGORAS DE ABDERA. **Dissoi logoi**. Madrid: Ediciones Akal, 1996.

RAMOS, Francisco Manfredo Tomás. Ética e direito em Agostinho (um ensaio sobre a “Lei Temporal”). In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE TEOLOGIA MORAL, IV, São Paulo, 1996.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994. v. II.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Juiz concede Tutela Antecipada *ex officio* a trabalhadora. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 ago. 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-ago-04/juiz_concede_tutela_antecipada_ex_officio_trabalhadora>. Acesso em: 26 jul. 2007.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Jorge Pires. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TERRA, Ricardo. **A política tensa**: idéia e realidade na filosofia da história de Kant. São Paulo: Iluminuras, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II**: ética e cultura. São Paulo: Loyola, 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A Ética dos gregos e a estrutura dialético do conceito de direito. **Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, 2003. Disponível em:
<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/%C9TICA%20DOS%20GREGOS.doc>. Acesso em: 26 jul. 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. da UnB, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.