

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual

Ana Paula Brandão Ribeiro

ÉTICA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA:
implicações críticas

Belo Horizonte

2014

Ana Paula Brandão Ribeiro

**ÉTICA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA:
implicações críticas**

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

Orientador: Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal
Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R484e Ribeiro, Ana Paula Brandão
Ética e processualidade democrática: implicações críticas / Ana Paula Brandão Ribeiro. Belo Horizonte, 2014.
95f.

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

1. Direito processual. 2. Direito e ética. 3. Argumentação jurídica. 4. Estado de direito. 5. Processos. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 34:17

Ana Paula Brandão Ribeiro

**ÉTICA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA:
implicações críticas**

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

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal (Orientador) - PUC Minas

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Professor Doutor Adalberto Antônio Batista Arcelo - FAC

Professor Doutor André Cordeiro Leal – FUMEC

Professora Dra. Andréa Alves de Almeida - UNIFEMM

Belo Horizonte, 19 de maio de 2014.

Ao meu pai, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao se concluir mais esta etapa acadêmica, fruto de muito esforço e determinação, não poderia deixar de, expressamente, consignar minha gratidão àqueles que, direta ou indiretamente, participaram desta caminhada.

Embora tenha passado por momentos difíceis e dolorosos em minha vida, que me fizeram afastar da religião, é inegável que ainda creio em algo superior. Não sei se Deus é esse algo superior, mas por certo que a minha fé em algo maior, que transcende a vida mundana, é algo que ainda persiste. Assim, agradeço a este ente superior pela força impulsionadora em minha vida.

Abaixo desta força superior, a minha eterna gratidão aos meus pais pela vida e pelos esforços sempre dispensados. Em especial, ao meu pai que, infelizmente, somente pode participar, presencialmente, do início da minha caminhada no mestrado. Mas tenho a certeza de que é meu anjo protetor e direcionador da minha vida.

Ao professor Rosemiro Pereira Leal, meu orientador. Primeiramente, pelo exemplo de pesquisador científico do direito, razão pela qual devida a sua autointitulação de epistemólogo. Segundo, pelos ensinamentos constantes e sempre inovadores, fazendo com que, inclusive, nenhuma aula sua fosse repetição de conhecimentos. Terceiro, por me aceitar como sua orientanda e sempre me atender com atenção e gentileza, além de constantemente me encorajar. E, por fim, mas não menos importante, pelos sempre devidos e pertinentes apontamentos.

Ao professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo exemplo de disciplina e de amor à profissão.

Aos professores Alberico Alves da Silva Filho, Antônio Cota Marçal, Vicente de Paula Maciel Júnior, pela contribuição acadêmica.

Ao professor José Adércio Leite Sampaio, pela compreensão no momento oportuno.

Ao professor Dhenis Cruz Madeira, agradeço por abrir-me os horizontes do ensino e por ter me desvelado, ainda nos primeiros semestres da graduação, que o direito é muito mais do que aplicar a lei ao caso concreto.

Aos meus ex-professores e, hoje, amigos, Adalberto Antônio Batista Arcelo, Maria Goreth Macedo Valadares e José Emílio Medauar Omatti, pelo exemplo de profissionais que, além do conhecimento ofertado e da demonstração de amor à profissão, representam fonte de inspiração acadêmica. Minha gratidão especial ao José Emílio Medauar Omatti pela confiança em mim depositada e por ter me proporcionado iniciar minha ainda tímida carreira docente junto à instituição da qual sou filha e da qual muito me orgulho, a PUC Minas Serro.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituição em que me graduei em Direito e que me possibilitou realizar a pós-graduação strictu sensu em direito processual.

À PUC Minas/Serro, em especial, da qual sou filha e na qual tive a oportunidade de iniciar minha carreira acadêmica. Agradeço indistintamente a todos os funcionários desta instituição que tão bem me acolheu.

Aos meus queridos e estimados ex-alunos da PUC Minas /Serro, por me permitirem ensinar e aprender constantemente.

Ao ex-orientandos do professor Rosemiro Pereira Leal, pela coragem acadêmica em desbravar caminhos ainda não percorridos do direito e disponibilizarem valiosas pesquisas àqueles que, como eu, também enfrentam as obscuridades do direito processual.

Ao professor Paulo Veríssimo, pessoa que tive a grata felicidade em conhecer durante o período em que fui estagiária docente na PUC Minas/Praça da Liberdade, agradeço pela extrema boa vontade e presteza dispensados no início dos meus escritos.

Aos colegas do mestrado, em especial ao Fabrício Simão da Cunha Araújo, por dividir comigo as angústias da pesquisa acadêmica. À Camilla Paolinelli, Roberta Maia Gresta, Luciano Vieira, Leonardo Barbosa, Carla Clarck, Gabriela Freitas, Jacques Trindade e, novamente, Fabrício Simão da Cunha Araújo, por conseguirem suavizar esta caminhada.

Aos funcionários da secretaria do Programa de pós-graduação strictu sensu em Direito, pela eficiência e educação.

Às bibliotecárias e demais funcionários de todas as bibliotecas da PUC Minas,

pela eficiência e organização.

Á Juliana Bento e a todo o corpo de funcionário do escritório Bento Advogados e Associados, pela compreensão.

Às minhas amigas, Leana Mello e Carla Martins Alves. À primeira, por compartilhar comigo, há longos anos, de momentos felizes e outros extremamente difíceis e, ainda, por compartilhar da mesma caminhada acadêmica. À segunda, que felizmente vim a conhecer durante a realização da pós-graduação “latu sensu” no IEC – PUC Minas, por estar sempre pronta a ajudar e a ouvir.

Por fim, mas não menos importante, ao Fabrício, por compreender minhas ausências e ansiedades.

Dentre as ciências humanas o Direito é talvez a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um *dizer* que se faz perigosamente *decisão*, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado de quantos integram o universo dos denominados juristas. Nada é mais pernicioso que se substituir o esforço pela cientificidade do Direito pelo *discurso jurídico*, um amontoado de palavras despidas do mínimo de coerência que se exige de qualquer discurso com pretensões de racionalidade.

J.J. Calmon de Passos

RESUMO

A presente pesquisa possui como objetivo realizar uma análise crítica e científica acerca de conceitos indemarcados que permeiam o contexto jurídico, no intuito final de colher proposições sobre a (in)compossibilidade entre referidos conceitos. Mais especificamente, serão trabalhadas a ética e a processualidade democrática, por cuidarem de termos utilizados, a todo instante, por estudiosos e aplicadores do direito. Em relação à ética, tema tão bradado no meio jurídico, o interlocutor poderá, com esta pesquisa, deparar-se com algo novo, na medida em que a tradição, responsável por sustentar a validade da ética, será trabalhada a partir de uma perspectiva de dominação. Da mesma forma, a linguagem, que é o instrumento propagador desta ética, poderá, a partir desta pesquisa, não mais ser encarada com tanta naturalidade. Em relação à processualidade democrática, buscou esta pesquisa a demonstrar que os discursos jurídicos hodiernos deturpam referido instituto e, além disso, não conseguem operacionalizá-lo, uma vez que permanecem arraigados à procedimentalidade jurídica que se diz democrática, numa perspectiva instrumental. Para alicerçar a pesquisa, que se materializa no contexto do Estado de Direito Democrático, a teoria neoinstitucionalista do Processo foi e seria a única apta a possibilitar tal desiderato, na medida em que consegue fornecer bases sólidas e científicas que propiciam o questionamento do inquestionável.

Palavras-chave: Ética – Processualidade democrática – Linguagem – Estado Democrático de Direito – Teoria neoinstitucionalista do Processo

ABSTRACT

This research aims to carry out a critical and scientific analysis of non-demarcated concepts that permeate the legal context, in order to finally collect propositions about the (in)compossibility among such aforementioned concepts. More specifically, ethics and democratic procedures will be worked upon, as they concern terms that are utilized at all times by scholars and appliers of the law. In regard to ethics, a much-vaunted theme in the legal field, in this research the interlocutor will come across something new, inasmuch as tradition, which is responsible for sustaining the validity of ethics, will be dealt with from a domination perspective. Likewise, based on this research, language, which is the propagating instrument of this ethics, cannot any longer be regarded so naturally. As far as democratic procedures are concerned, this research has sought to demonstrate that today's legal discourses misrepresent the aforesaid institute, and, furthermore, they do not succeed in operationalizing it, since they remain rooted to legal procedural rules, which call themselves democratic, in an instrumental perspective. To underpin the research, which materializes itself in the context of the Democratic Rule-of-Law State, the neo-institutionalist theory of Process was and would be the only one able to make such desideratum possible, insofar as it can provide solid and scientific foundations that enable the questioning of the unquestionable.

Keywords: Ethics – Democratic procedures – Language – Democratic Rule-of-Law State – Neo-institutionalist Theory of Process

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A PROPOSIÇÃO DO PROBLEMA	11
2 CONJECTURAS EPISTEMOLÓGICAS DE ÉTICA E MORAL COMO PONTO DE PARTIDA.....	17
2.1 Moral e ética: há um conceito unívoco para esses dois termos?.....	17
2.2 A força da tradição como configuradora dos conceitos morais e éticos	21
2.2.1 <i>Virtude ética</i>	25
2.2.2 <i>A linguagem como lugar comum de conceitos éticos</i>	29
3 TEMÁTICA PROCESSUAL SOBRE A ÉTICA E SEUS HORIZONTES DIFERENCIADOS E AFINS.....	36
3.1 Spinoza.....	36
3.1.1 <i>Natureza e direito</i>	36
3.2 Tércio Sampaio Ferraz Júnior	40
3.3 Humberto Theodoro Júnior	42
3.4 Alexandre Freitas Câmara	45
3.5 Cândido Rangel Dinamarco.....	46
3.6 Luiz Flávio Gomes.....	48
3.7 Carlos Maximiliano.....	49
3.8 Barbosa Moreira	50
3.9 A ética nas motivações dos tribunais brasileiros	51
3.10 Paradigma do Estado Social como autoridade	57
4 PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA.....	61
4.1 O Estado de Direito Democrático	61
4.1.1 <i>Da releitura dos paradigmas precedentes</i>	61
4.1.2 <i>Da conceituação do Estado de Direito Democrático</i>	64
4.2 Processo: linguagem específica de construção do direito a partir da teoria neoinstitucionalista do Processo	67
4.3 (In)existência de uma sociedade pressuposta como condição de efetivação do Estado de Direito Democrático	74
5 ÉTICA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: INSTITUTOS COMPOSSÍVEIS?.....	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS.....	84

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A PROPOSIÇÃO DO PROBLEMA

O ordenamento jurídico brasileiro vem passando por grandes transformações desde a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu ou elegeu o Estado Democrático de Direito ou, melhor dizendo, o Estado de Direito Democrático¹.

Neste cenário, certos conceitos, como **ética** e **processualidade democrática** encontram-se carentes de sentido. Ou, ainda, encontram-se sendo falados, escritos e discursados sem que busquem os seus reais sentidos e significados.

E, em assim ocorrendo, por certo que igualmente precária encontra-se a aplicação do direito.

Tem-se percebido que muitos aplicadores do direito - para não dizer a grande maioria - aplicam-no de maneira repetitiva; fato que, de acordo com esta pesquisa, é inviável, eis que a realidade é excludente, na medida em que contextualizada a partir de uma **sociedade civil pressuposta**, onde somente os patrimonializados possuem voz e vez².

E mais. Hodiernamente, veem-se inúmeros aplicadores do direito e outros que se dizem **estudiosos** do direito afirmarem que a prática e a teoria jurídica encontram-se em pontos opostos. Ou, ainda, dizendo que a prática e a teoria devem andar simultaneamente, como coisas indissociadas³.

A estes que assim entendem, a proposta trazida nesta pesquisa poderá trazer-lhes novo posicionamento acerca do assunto, na medida em que, cientificamente, ver-se-á que não existe prática sem teoria. Mesmo porque, a **teoria** é que possibilita a discussão sobre a validade da **técnica** (proceder ordenado) e da **ciência** (saber ordenado). Neste sentido é que a epistemologia da ciência

¹Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] (BRASIL, Constituição 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988). A expressão Estado Democrático de Direito foi preterida pela expressão Estado de Direito Democrático. Sobre o tema, remete-se o leitor ao item 4.1.2.

² Sobre o tema, ver o artigo **Processo Civil e Sociedade Civil**, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal, no qual ele trabalha quem são os civis, enquanto patrimonializados resguardados por uma jurisdição sem processo e, ainda, assim, somente acessível àqueles.

³ O professor Antônio Cota Marçal é um dos adeptos a este último posicionamento. Ele afirma que “a *argumentação jurídica é simultaneamente teórica e prática*” (MARÇAL Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Organizador: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 115). Afirmação que, a partir desta pesquisa, não se mantém.

processual contemporânea rompe com a ciência dogmática, eis que parte do pressuposto de que não existe uma verdade *a priori*.

A epistemologia da ciência processual contemporânea, a partir de lições trazidas pelo professor Rosemiro Pereira Leal e pela sua **teoria neoinstitucionalista**, rompe com a ciência dogmática. Esta epistemologia é sustentada por bases ou pilares morfológicos, aos quais Rosemiro Pereira Leal denominou de Teoria Quadripartite da Epistemologia Contemporânea. A partir disso, afirma o autor que a **Técnica**, a **Ciência**, a **Teoria** e a **Crítica** representam os quatro pilares morfológicos da epistemologia contemporânea. Além disso, o conceito epistemológico apresentado por Rosemiro Pereira Leal representa um conjunto de cogitações sobre o conhecimento, conferindo a possibilidade de descobrir os erros e ignorância. Neste sentido, a epistemologia, que até então era tida tão somente como um modelo de pensar que cuida do estudo da certeza (episteme + logos), passa a estudar a ideia de certeza, e não mais uma certeza pressuposta⁴. Esta é, inclusive, a razão pela qual Popper afirmava, segundo Theresa Calvet de Magalhães, que a epistemologia era “*a teoria do crescimento do conhecimento*”⁵.

A **Teoria**, um dos quatro pilares da epistemologia contemporânea, é conceituada por Rosemiro Pereira Leal como sendo “*a consequente expressão de pensamentos abstratos organizados*”⁶, ou, ainda, a “*resultante discursiva (ideia conclusiva) de uma reflexão satisfatória (afirmativa ou negativa) da existência numa especialidade temática*”.⁷ Nesta medida, a **Teoria** possibilita a discussão sobre a validade da **Técnica** e da **Ciência**, sendo sempre uma proposição, jamais uma concretização irrefutável.

Popper define **Teoria** como sendo “*um instrumento que submetemos à prova pela aplicação e que julgamos, quanto à capacidade, pelos resultados das aplicações*”.⁸ Sobre o tema, Popper ainda afirma que

⁴ Sobre o assunto, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política**: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 69.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229.

⁸ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegemberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 116.

A teoria do método, na medida em que transcende a análise puramente lógica das relações entre os enunciados científicos, preocupa-se com a escolha dos métodos – com as decisões acerca da maneira como se deve lidar com os enunciados científicos.⁹

A **Técnica**, em síntese, de acordo com o professor Rosemiro Pereira Leal, apoiado em André Lalande, é um proceder ordenado. Ou, ainda, é o conjunto de procedimentos, numa relação meio-fim, visando a resultados úteis¹⁰.

De acordo com o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves, **Técnica** “é o conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”¹¹.

Já filosoficamente, a **Técnica** compreende todo o conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer¹². Portanto, possível afirmar que é a partir dela - da **Técnica** - que se extrai o entendimento dos procedimentos judiciais.

A **Ciência**, por seu turno, é para Rosemiro Pereira Leal, além de um dos pilares da epistemologia contemporânea, um saber ordenado. É a inflexão do saber sobre a **Técnica** ou, conforme palavras do próprio autor, é “atividade que tem por objeto o esclarecimento da técnica e das teorias e ideologias da técnica”¹³. Ou, ainda, é “a racionalização da técnica”¹⁴. Neste sentido, a **Ciência** investiga os fundamentos da **Técnica** para torná-la mais eficiente.

Aroldo Plínio Gonçalves, por sua vez, afirma que toda e qualquer **Ciência** “se quer como uma competência explicativa de uma determinada realidade, seja ela natural ou cultural”. E, ainda, seja ela referente “ao conhecimento obtido ou à atividade desenvolvida para se obtê-lo”¹⁵.

Acerca da verdade *a priori*, Popper já há muito afirmava que é impossível falar em verdade objetiva a que as leis científicas devessem responder. A impossibilidade

⁹ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da investigação científica**: três concepções acerca do conhecimento humano: a sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Paulo de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 21.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36 e 229.

¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 16.

¹² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Coordenada e revisada por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 905.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229.

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 12-13.

de verificação atesta simplesmente a impossibilidade de certeza absoluta no que concerne à verdade de uma **Teoria**¹⁶. Marcelo Campos Galuppo, nesta mesma esteira, assim expôs acerca do termo verdade: “*Por traz do termo verdade está a possibilidade de se verificar a adequação de um enunciado para descrição do mundo objetivo (mundo natural) pela confrontação com este mesmo mundo objetivo*”¹⁷.

Dentro deste cenário, a presente pesquisa se propõe a demonstrar que a processualidade jurídica deve ocorrer por meio de uma legítima fiscalidade popular, bem como - e principalmente - se propõe a analisar se o instituto da **ética** e da **processualidade democrática**, nesta procedimentalidade jurídica, são compatíveis e compossíveis.

Para tanto, a **teoria neoinstitucionalista do Processo** é mais que o marco teórico desta pesquisa. Referida teoria representa, na verdade, o esteio de todas as proposições que serão ofertadas, uma vez que somente a partir dela tornou-se possível criticar, em bases científicas, conceitos que até então eram tidos como um algo dado, imanentes à natureza e, por isso, inquestionáveis, como ocorre com a **ética**, trabalhada no seio jurídico.

No Estado de Direito Democrático, faz-se necessário e imprescindível aprofundar o conhecimento acerca da **ética** e da **processualidade democrática** e suas aplicações e implicações na procedimentalidade jurídica.

Isto porque, além de enormes equívocos acerca desses institutos – **ética** e **processualidade democrática** -, existe ainda um grave problema, qual seja, escassez de material teórico acerca dos mesmos, que tenha como contexto o Estado de Direito Democrático.

Não bastasse isso, a aplicação do direito, ainda hoje, permanece arraigada a conceitos puramente formais. Além, é claro, de permanentemente repetir a realidade que, neste cenário, é excludente.

Além disso, os institutos da **ética** e da **processualidade democrática** parecem ser tratados pelos aplicadores do direito, hoje, como conceitos compossíveis e dependentes. Inclusive, utilizam-nos como legitimadores das

¹⁶ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da investigação científica**: três concepções acerca do conhecimento humano: a sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Paulo de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 07.

¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.3, p.195-206, 2005.

decisões judiciais e garantidores da efetivação daquilo que entendem por Estado de Direito Democrático.

Entretanto, devido à falta de teoria jurídica acerca do assunto, impossível afirmar se o instituto da **ética** e da **processualidade democrática**, nesta procedimentalidade jurídica, cuidam de conceitos conformes ou díspares, compossíveis ou não. E, principalmente, se referidos conceitos realmente podem ser tidos como legitimadores e garantidores da aplicação do direito.

A partir desta realidade, portanto, torna-se necessário abordar a questão do que venha a ser a **ética** e a **processualidade democrática**, sob o pano de fundo do paradigma do Estado de Direito Democrático.

Mister constar que o saber somente se renova **com** e **pela** pesquisa.

Razão pela qual se passa, assim, a discorrer acerca do tema proposto.

Inicialmente, no capítulo dois desta pesquisa, serão trabalhadas as conjecturas epistemológicas sobre a **ética**, estabelecendo as diferenciações entre moral e **ética** e justificando o equívoco cometido por todos aqueles que se valem desses dois termos como se unívocos fossem. Além disso, buscará ser demonstrado neste capítulo que conceitos morais e éticos advêm da força da tradição, encontrando única e exclusivamente na **linguagem** (indemarcada) o seu instrumento de disseminação.

No capítulo três, a pesquisa se propõe a apresentar uma temática processual sobre a **ética** e seus horizontes afins, a partir de uma análise indutiva de autores clássicos sobre o assunto, como Spinoza, até autores contemporâneos, detentores de um currículo acadêmico invejável do ponto de vista quantitativo, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Freitas Câmara, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros. Ainda, a partir da análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros, tentar-se-á demonstrar como o discurso ético permeia, a todo instante, as motivações das decisões judiciais. Por fim, este capítulo é encerrado com a análise do Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar Social como paradigma de autoridade no qual os discursos éticos encontram razão de ser e que, intencionalmente ou não, são aplicados rotineira e contraditoriamente no direito por aqueles que proclamam a existência de um Estado de Direito Democrático.

A **processualidade democrática**, por sua vez, será trabalhada no quarto capítulo desta pesquisa. Primeiramente, tentar-se-á estabelecer uma releitura dos

paradigmas precedentes ao Estado de Direito Democrático, a partir de uma crítica científica. Posteriormente, os vários conceitos ao Estado de Direito Democrático serão apresentados, adotando esta pesquisa o conceito com o qual mais se identifica. Em seguida, será apresentada uma análise da **sociedade civil** e da condição de sua (in)existência como possibilidade de efetivação do verdadeiro Estado de Direito Democrático. Por fim, o capítulo quatro vem expor qual a **linguagem** específica de construção do direito e as razões jurídicas para tanto.

No penúltimo capítulo do trabalho, buscará ser verificada a compossibilidade dos institutos **ética** e **processualidade democrática**, a partir de todos os enfrentamentos anteriormente realizados.

Por fim, em sede de considerações finais, será apresentada a colheita feita a partir desta pesquisa acerca das implicações críticas da **ética** e da **processualidade democrática**. Além disso, nas referidas considerações buscar-se-á deixar claro e enfatizado que há a impossibilidade de esgotamento do tema ou a impossibilidade de se apresentar a resposta definitiva à questão, uma vez que a colheita realizada ao longo da pesquisa cuida de proposições formuladas e oferecidas à crítica científica dos interlocutores.

2 CONJECTURAS EPISTEMOLÓGICAS DE ÉTICA E MORAL COMO PONTO DE PARTIDA

Muitos falam acerca da **ética** e da moral; outros muitos escrevem - ou, ao menos, tentam escrever - acerca desses dois institutos; e, igualmente, muitos se valem dos dois referidos termos, através de atos de fala ou de atos documentados, no direito, na tentativa de legitimarem e garantirem a aplicação deste, como se mencionados termos se explicassem por si próprios e obtivessem significados simplesmente pelas palavras bradadas ao vento ou grafadas sem o mínimo de cuidado e aporte teórico.

Partindo dessa primeira assertiva, que por si só já permite concluir pela total impropriedade com que os termos **ética** e moral devam ser, por vezes, utilizados no nosso contexto jurídico, necessário se faz abordar algumas noções acerca dos temas.

2.1 Moral e ética: há um conceito unívoco para esses dois termos?

Uma vez que a presente pesquisa aborda um dos termos epigrafados – *in casu*, a **ética** -, importante se faz traçar a diferenciação entre ambos, de maneira a nortear o leitor e, inclusive, evitar qualquer interpretação equivocada de sentidos, que possa prejudicar na interpretação desta provisória pesquisa teórica.

O caráter de provisoriedade desta pesquisa assenta-se justamente em uma das bases morfológicas da Teoria Quadripartite da epistemologia contemporânea, acima já referendada. Isto porque, toda teoria é provisória, na medida em que, uma vez oferecida à crítica, pode ser testada e refutada. Nesta perspectiva, qualquer proposição que se pretenda estabelecer ao final desta pesquisa, por certo que será mantida tão somente enquanto outra proposição que a testifique e a refute ainda não tiver sido estabelecida. E é justamente essa possibilidade de testificação e refutação da teoria e, portanto, o seu caráter de provisoriedade, que é capaz de renovar o conhecimento científico.

Moral e **ética** cuidam de termos singulares e distintos, entretanto, ainda tidos como conceitos unívocos. Muito embora referidos termos possam estar entre si

“como o finito e o infinito”¹⁸, ou seja, diretamente ligados, fato é que não representam e, muito menos, não significam a mesma coisa.

Moral, de acordo com Nicola Abbagnano, “é o mesmo que ética”, podendo ser também entendida como o objeto da **ética**¹⁹. Referida terminologia encontra sua origem no latim *mores*, relativo aos costumes, tendo evoluído para o significado **modo de ser** ou **caráter**. A moral, a partir dessa assertiva, representa, portanto, os costumes, valores ou atitudes que orientam a vida de determinada pessoa ou de determinado grupo de pessoas - portanto, vinculada à ação, prescrevendo a conduta de forma imediata - e aplicando-se universalmente, na medida em que obrigam todo ser humano enquanto ser humano - o pleonasma é proposital para a demonstração de que as prescrições morais são universalizáveis. Assim, matar alguém, por exemplo, pode não ser ilegal em um ordenamento jurídico, entretanto, será imoral, tendo em vista que esse modo de agir é desumano. Bem exemplificando a assertiva em comento, Adela Cortina e Emílio Martínez assim expõem:

[...] embora o governo da Alemanha nazista condenasse legalmente à morte milhões de pessoas por pertencerem a determinadas etnias e crenças, a ação foi claramente imoral, pois a consciência moral alcançada pela humanidade em seu conjunto não pode, no mínimo, deixar de considerar desumano esse modo de agir²⁰.

Assim, claro fica que as normas morais, prescritivas por natureza, podem representar, em determinadas situações, fonte de conflito entre elas – normas morais; condutas que orientam a vida das pessoas – e as normas legais de determinado Estado.

Por sua vez, de acordo com o dicionário dos filósofos, **ética** é, em geral, a ciência da conduta, a técnica da conduta²¹ ou, ainda, o princípio universal da conduta²² que dirige as ações dos homens para a produção da maior quantidade possível de felicidade para aqueles cujos interesses estão em jogo²³.

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Coordenada e revisada por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 653.

¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Coordenada e revisada por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 652.

²⁰ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 41.

²¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Coordenada e revisada por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 360 e 367.

²² GONCALVES, André Luís. Richard Rorty e a ética da solidariedade. **Phrónesis: Revista de Ética**, Campinas, v. 6, n. 2, p.148, jul./dez 2004..

²³ ÁVILA, José Manuel Bermudo. Benthan: a ciência do legislador. In: PELUSO, Luis Alberto (Org.).

Ética como sendo a ciência geral da conduta é também a conceituação estabelecida por Peirce, segundo Maria de Lourdes Bacha. Ela afirma que “a *ética peirceana é uma ciência normativa, isto é, aquela que estuda o que deve ser, ou seja, a ciência normativa não é uma prática, nem uma investigação conduzida com vistas à produção de uma prática*”. Muito embora, segundo a mesma autora, a **ética** considere coisas cujas “*fins residem na ação*”. Neste sentido, a ética “*é mais do que simplesmente prática, porque ela envolve a teoria de conformidade da ação com o ideal, o summum bonum*”²⁴.

Significa, também, **costume** e, por isso, referido termo foi frequentemente definido como a doutrina dos costumes²⁵. Com origem etimológica do termo grego *ethos*, a **ética** significa o “*conjunto de costumes, hábitos e valores de uma sociedade*”²⁶, sendo co-extensiva à cultura²⁷ - razão pela qual a construção de modelos éticos se dá na cultura -, cujo saber prático atua como orientador ou direcionador da tomada de decisões prudentes; decisões estas que desembocariam na consecução de uma vida boa²⁸.

Entendida a moral ou o pensamento da ação humana como o objeto da **ética**, com razão Adela Cortina ao caracterizar a **ética** como filosofia moral²⁹, tendo em vista que ela - a **ética** - é que irá se debruçar sobre o estudo da moral. Ou, em outros termos, pode-se afirmar que a **ética** atua no terreno da moral, uma vez que esta prescreve as condutas na vida cotidiana, “*na convivência entre as pessoas,*

Ética e utilitarismo. Campinas/SP: Editora Alínea, 1998, p. 85.

²⁴ BACHA, Maria de Lourdes. As relações entre o pragmatismo e a ética. **Quaestio**, Sorocaba, SP, v.5, n., p.111-120, maio, 2003.

²⁵ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. T. 2, p. 931.

²⁶ MACEDO, Humberto Gomes; RESENDE, Flavia Vieira de. A ética como origem e fim do Direito. **Meritum**, Belo Horizonte, v.3, n.2, p.333-351, jul./dez. 2008. Valores éticos, inclusive, que são indispensáveis aos defensores da humanização do processo. Humanização esta que, conforme afirmado por Barbosa Moreira, citado por Carlos Aurélio, transforma o processo no instrumento de “uma justiça de feição humana”, passando pela “ampliação do papel do juiz e reforço dos seus poderes” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 28-30).

²⁷ PAIVA, Márcio Antônio de; VIEIRA, Guilherme Fulgêncio; RIBEIRO, Jomara de Carvalho; MARTINS, Maria Celeste. Ética e Direito: diálogos possíveis. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 535.

²⁸ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 11. Esse saber prático, de acordo com a perspectiva aristotélica, é também conhecido por saber prudencial, relacionando-se à capacidade de discernimento de uma pessoa (MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de Ética: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Zarah, 2007, p. 37).

²⁹ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 20.

*animais e natureza*³⁰, ao passo que aquela procede a uma reflexão acerca de referidas condutas, normativamente.

Como afirmado acima, a moral encontra sua origem no latim *mores*, referente aos costumes, primeiramente, tendo, depois, o significado de **caráter** ou **modo de ser**. Entretanto, a moral é um termo fruto de uma tradução equivocada da palavra grega *êthica* que, por sua vez, possuía para os gregos dois sentidos complementares, a saber: um dos sentidos, que derivava de *ethos*, remetia à intenção da pessoa ou à intenção da ação humana que nasce de dentro do sujeito moral, daí significando **morada** ou o **lugar em que vivemos**. O segundo sentido, por sua vez, conferia ao termo *êthica* a mesma significância de costumes e hábitos, materializando-se na assimilação social de valores, ao longo da vida; daí, significando **caráter** ou **modo de ser**. Logo, os dois termos, moral e **ética**, possuem tamanha indistinção graças à confusão terminológica em um significado quase único, qual seja, tudo aquilo que se refere ao modo de ser, a partir da prática de costumes considerados bons³¹.

Esta falsa indistinção, como dito, encontra-se na origem etimológica dos termos. Assim, *“es decir, poseen un origen etimológico similar: ambas refieren a las costumbres. Por tal motivo, em muchas ocasiones, son utilizadas indistintamente”*³².

Inobstante qualquer (in)distinção entre essas duas nomenclaturas – moral e **ética** -, certo está que, em conclusão sumária, pode-se afirmar que a moral é o conjunto de legados de vida boa que são passados de geração para geração, portanto, se submetendo a um valor; fato que, inexoravelmente, contribuirá como forma de controle social, na medida em que impõe padrões de comportamento. Ao passo que a **ética** representa uma espécie de disciplina filosófica acerca da moral, no sentido ou na tentativa de refletir acerca da moral e seus problemas conseqüentes. Em termos objetivos, é possível afirmar, com respaldo em estudiosos como Adela Cortina e Emílio Martínez³³, que a moral diz respeito ao que se deve fazer, enquanto

³⁰ GONCALVES, André Luís. Richard Rorty e a ética da solidariedade. **Phrónesis: Revista de Ética**, Campinas, v. 6, n. 2, p.148, jul./dez 2004. Neste sentido, a ética aristotélica encontra-se corretamente situada, na medida em que, no sistema de Aristóteles, ela – a ética – pertence ao domínio do saber prático (MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zarah, 2007, p.37).

³¹ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 20.

³² CHAYER, Héctor Mario. **Ética judicial y sociedad civil**: técnicas de incidencia. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 27.

³³ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 20.

a **ética** se preocupa com o porquê se deve fazer determinadas coisas ou praticar determinados atos, denotando, claramente, ser a ética uma crítica dos costumes morais.

Ocorre que o termo **crítica** como apresentado não se coaduna com aquele apresentado por Popper - com o qual esta pesquisa se filia -, no sentido de apontar as ausências de conteúdo no conhecimento posto. Isto porque os conceitos morais e éticos são ideologizados, na medida em que não são disponibilizados; ofertados, testificados. Isto porque referidos conceitos, como abaixo se verá, advêm da força da tradição, tornando-se verdades absolutas; verdadeiros mitos. Assim, por não se oferecerem à **crítica**, não passam de ideologias.

Assim sendo, referidos termos são utilizados, não raras vezes, indistintamente, o que configura um equívoco, na medida em que, embora imbricados e muito próximos, cada qual é portador de um significado próprio. E referido equívoco, por sua vez, penetra, inclusive, no contexto jurídico no qual o ordenamento brasileiro encontra-se inserido, fato que deixa evidenciada quão despreocupada é a **processualidade** jurídica, que se diz **democrática**.

2.2 A força da tradição como configuradora dos conceitos morais e éticos

Conforme antes mencionado, afeta ao conceito de moral o conjunto de costumes ou legados de vida boa que são transmitidos ao longo da história, sendo que compete à **ética** refletir acerca da prática destes costumes.

Indiscutivelmente, fato é que estes dois institutos encontram-se alicerçados em uma *“prática comunicativa”*; expressão extremamente conclusiva, utilizada pelo professor Bruno Burgarelli, ao afirmar que Habermas, através da Teoria Crítica, *tenta fazer uma ponte entre a filosofia e as ciências sociais como um todo a partir de uma prática comunicativa*, no seio da linguagem. Inclusive, Bruno Burgarelli afirma que Habermas acopla o conceito de racionalidade ao médium linguístico, substituindo a razão prática - que serviria de guia para a ação do indivíduo - pela razão comunicativa, que se assenta em uma base de validade pragmática³⁴.

³⁴ KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. O direito entre a facticidade e validade: uma breve análise em relação ao “significado e verdade”. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Org.). **Teoria do direito e conflitos jurídicos**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011. p. 65-72.

O problema é que a perspectiva habermasiana somente seria possível em uma sociedade não excludente ou sem altos índices de injustiça e diferenças sociais. Isto porque, se assim não for, haverá sempre dominação linguística de um pelo outro. Neste viés, é possível afirmar - a partir da perspectiva trabalhada na presente pesquisa - que a teoria habermasiana não é compatível com o paradigma do Estado de Direito Democrático.

Assim, a prática comunicativa é a reprodutora da validade da fala referente ao mundo da vida. Neste sentido, conceitos morais e éticos existem pela **linguagem** falada, a partir de tradições; tradições estas que formam a realidade de cada ser, fazendo, assim, com que cada indivíduo, antes mesmo de se compreender a si próprio, já esteja embutido de pré-conceitos advindos da família e da sociedade na qual aquele se encontra inserido.

Gadamer muito bem retrata referida questão, ao afirmar, categoricamente, que o ser humano nasce no curso de uma história, dizendo, ainda, ser a razão humana fruto de uma tradição; tradição esta que, para o autor, significa o contexto de vida compartilhado por uma sociedade, cuja **validade** existe “*sem precisar de fundamentação*”³⁵. Assim, os pré-conceitos constituem a visão de mundo que cada pessoa possui enquanto ser histórico, marcado por uma tradição. Neste sentido, referidos pré-conceitos demonstram que o intérprete não é um ser neutro, tendo em vista ser o mesmo possuidor de toda uma bagagem histórica, de toda uma visão de mundo e de todo um conhecimento de vida. Assim sendo, Gadamer deixa claro que o homem - enquanto ser marcado por um conjunto de crenças e valores que lhe conferem característica de humanidade - interage no mundo **pela linguagem e através da linguagem**, num processo linguístico realizado através da prática.

Antônio Cota Marçal assevera que as crenças podem ser objeto de pretensões jurídicas ou de bens jurídicos³⁶, afirmação que não possui receptividade no ordenamento jurídico brasileiro - pelo menos não a partir da perspectiva teórica ora trabalhada nesta pesquisa -, uma vez que cuidam as crenças de conceitos ideológicos, não formalizados e, via de consequência, não ofertados à crítica.

³⁵ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 372. v.1. (Pensamento humano; 16).

³⁶ MARÇAL Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 115.

Ocorre, ainda, que é a tradição um dos três tipos puros de dominação, sendo os outros dois, a legal e a carismática. Acerca destes dois outros tipos de dominação – legal e carismática -, por se tratar de matéria que transcende a pesquisa, esta limitar-se-á em, sinteticamente, afirmar que a dominação legal é aquela que se impõe burocraticamente, no intuito de criar e alterar direitos a partir de um código de regras, sancionado após obediência a um procedimento prévio formalizado. A dominação carismática, por seu turno, é aquela pertencente aos líderes possuidores de qualidades supremas; excepcionais, detentores de capacidades intelectuais e de notável poder de oratória e persuasão.³⁷

Em relação à tradição que, conforme dito, é a responsável pela formação de conceitos morais e éticos, manifestados pela **linguagem**, constitui ela o mais forte dos três tipos puros de dominação. A começar, a pureza conferida a estes tipos de dominação encontra-se, por certo, vinculada ao imaginário, representando um vazio autoral ou, ainda, um “*vazio enunciativo*”³⁸. Além disso, não se tem como perquirir causalidade alguma. Assim sendo, referida pureza é algo tão misterioso quanto a própria metafísica, na medida em que não é algo de compreensão imediata. Por ser um mistério, a pureza da tradição – que é um tipo puro de dominação - é algo que, na verdade, faz com que conceitos morais e éticos sejam proclamados sem a menor delimitação, tornando-se forma de se impor obediência através de meros costumes.

Neste sentido, a **ética**, enquanto crítica aos costumes morais, a partir do fato de esta se preocupar com o porquê devemos fazer determinadas coisas ou praticar determinados atos, encontra seu lugar justamente aqui: no imaginário misterioso da tradição. Referida assertiva encontra alicerce no fato de que, para se proceder às críticas, imprescindível a existência de um histórico teórico, inexistente neste mencionado imaginário.

A crítica a que se refere aqui é popperiana, em que não há similitude alguma com deboche ou um reparo à fala do outro. Muito ao contrário, deve ser entendida a crítica, popperianamente, como o apontamento de ausências de conteúdos na estrutura do discurso do conhecimento já posto, constituindo a superação da crença

³⁷ Acerca do tema, salutar o texto **Os três tipos puros de dominação legítima**, de autoria de Max Weber. (WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. **Sociologia**. 7. ed. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 128-141).

³⁸ Termo utilizado pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, em aula proferida na disciplina **Teoria Geral do Processo**, obrigatória no mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no dia 30 de março de 2011, oportunidade em que a autora desta pesquisa cursava, a título isolada, referida disciplina.

na racionalidade.

A partir desta perspectiva, torna-se possível afirmar que conceitos morais e éticos são estabelecidos imposta e silenciosamente, já que originados da tradição e, ainda, já que não são exigidos fundamentos racionais para os mesmos, uma vez que basta a fé na razão instrumental; na crença, sem o mínimo de objetividade. Aqui, valiosas as seguintes palavras de Karl Popper:

Expressei essa atitude em muitas ocasiões, dizendo: 'Não sou filósofo de crença'. De fato, **as crenças são destituídas de importância para uma teoria da verdade, ou da dedução, ou do 'conhecimento'**, no sentido objetivo. A chamada 'crença verdadeira' é crença numa teoria verdadeira; trata-se de questão de fato – e não de crença – saber se a teoria é ou não verdadeira. Analogamente, uma 'crença racional', se é lícito usar a expressão, consiste em dar preferência ao que é preferível, à luz de argumentação crítica. Assim, **não se trata, mais uma vez, de questão de crença, mas de argumentos e do estado objetivo do debate crítico.**³⁹
(Destaque nosso)

Acerca da razão instrumental, com sagacidade teórica e singular a brilhante exposição do professor Rosemiro Pereira Leal ao abordá-la, a partir da seguinte perspectiva: INS-TRU-MENTAL = IN-TRUE (das palavras em inglês *in* e *true*, significando, respectivamente, dentro e verdade) - MENTAL = VERDADE DENTRO DA MENTE⁴⁰. Neste sentido, a moral e a **ética** não encontram fundamentação teórica alguma, partindo do pressuposto de que referidos conceitos advêm daquilo que se encontra como verdade na mente; na consciência das pessoas que vivem em sociedade.

Neste viés, torna-se possível afirmar, com antecedência, que a **ética**, tão bradada pelos **estudiosos** e aplicadores do direito como justificadora das práticas jurídicas, é algo completamente desarrazoado, na medida em que não se tem como aplicar, principalmente no direito, justificativas imaginárias, advindas da mente humana. Partindo desta perspectiva, esta pesquisa discorda do professor Antônio Cota Marçal, quando este afirma que *“os conceitos do Direito, além de instrumentais, são interpretativos, históricos, inferenciais e buscam se organizar*

³⁹ POPPER, Karl Raimund. **Autobiografia intelectual**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 154.

⁴⁰ Aula expositiva lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 12 de setembro de 2012, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

*logicamente*⁴¹.

Por isso, a fé na razão instrumental, na qual os iluministas acreditavam, entendendo que o progresso técnico estaria a serviço do progresso moral, demonstrando a superioridade da razão prática, não tem, ao menos a princípio, como encontrar espaço no cenário do Estado de Direito Democrático – pelo menos, a partir da perspectiva proposta por esta pesquisa.

Aqui já é permitido apontar um primeiro problema, cujas proposições para o mesmo serão apresentadas em tempo oportuno. Essa prática comunicativa, formada pela tradição, encontra-se demarcada? Ou, ainda, os atos de **linguagem**, bradados sem nenhuma perspectiva teórica - já que alicerçados na tradição - possuem validade para o direito? E mais, referidos atos podem ser aplicados no contexto da processualidade jurídica do Estado de Direito Democrático? Por certo que se está, sim, diante de um problema, cujas tentativas de respostas não podem ser apresentadas por meras repetições de **linguagem**, formada por uma tradição indemarcada. Mas sim, a partir de uma demarcação teórica - que não é aprisionadora - e que, mais à frente, será apresentada.

2.2.1 Virtude ética

Entendido previamente o significado do termo **ética**, passa-se agora à tentativa de entendê-la enquanto virtude.

A virtude pode ser definida como habilidade, capacidade ou excelência na realização de alguma coisa, a partir de determinado grupo social, como resultante do hábito, ou seja, não podendo ser considerada algo inato. Definição esta que, associada ao termo **ética**, faz concluir que virtude ética “*refere-se a traços de caráter que consideramos admiráveis*”⁴², sendo relativizados de acordo com a sociedade ou grupo no qual são utilizados. O que quer dizer, noutros termos, que a virtude **ética** refere-se à capacidade que um indivíduo possui de praticar determinada ação em obediência máxima aos padrões de conduta morais preestabelecidos historicamente.

⁴¹ MARÇAL Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 115. Sobre a lógica, reportar-se o leitor ao item 2.2.2, bem como à nota de n. 61.

⁴² HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 7.

A partir dela, poder-se-á abordar o que o agente deverá fazer em determinada situação, sendo que referida abordagem será respondida a partir da consideração do caráter do agente.

Nesta perspectiva, com respaldo nas lições de Stan Van Hooft, pode-se dizer que os chamados agentes virtuosos “*buscarão expressar quem eles são, e desenvolver a si mesmos naquilo que são e no que fazem*”⁴³. O que quer dizer que o agente virtuoso, querendo assim ser considerado, deverá em determinada situação optar por praticar a ação que seja considerada a mais admirável, pelo seu caráter de excelência, por determinado grupo social. Fato que, como antes analisado, tratar-se-á da tradição que, reiterando o já afirmado, constitui o mais forte dos três tipos puros de dominação, sendo responsável pela formação de conceitos, inclusive éticos, manifestados pela **linguagem**, o que significa dizer, ainda, que éticos são os *experts* em virtude.

A partir disso, é possível afirmar que a virtude **ética** está associada à sabedoria prática ou, ainda, com a repetição.

Falar da pessoa virtuosa como sendo aquela detentora de sabedoria prática já era algo, inclusive, assim entendido por Aristóteles, já que para o filósofo, ser virtuoso é viver bem a vida e buscar sempre a felicidade (eudaimonia); o que, para tanto, demandaria viver de acordo com as virtudes moralmente concebidas sem que necessário fosse ofertar qualquer teoria para guiar as ações e decisões éticas, uma vez que bastaria a sabedoria advinda dos costumes, da vivência ou, ainda, a sabedoria advinda da prática. Por isso, inclusive, a obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles pode ser considerada pioneira em elaborar um estudo sistemático sobre as normas regentes da ação humana e como estas são avaliadas em relação aos seus fins.

A virtude **ética** é hoje, no cenário jurídico, tratada com muito fervor por todos aqueles que se encontram permeados neste contexto, já que encontram nela a solução para todos os problemas, bem como a têm como legitimadora de todas as decisões, de todos os argumentos e de todos os discursos. Assim, torna-se confortável aos operadores do direito, principalmente aos detentores do poder, não **esclarecer o inesclarecido**, proporcionando-lhes uma zona de conforto para criação, recriação e consecução dos seus interesses, muitas vezes, obscuros.

⁴³ HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 21.

Sônia Cristina Fagundes Malta, ao defender sua dissertação de mestrado, afirmou, por exemplo, que para ser um magistrado, indispensável que seja uma pessoa “*dotada de sabedoria prática*”⁴⁴ e, portanto, virtuoso. Para ela, referida pessoa é aquele que

[...] com o decurso do tempo, adquiriu a experiência e o conhecimento singular, e, educado no hábito do respeito à Lei da comunidade política na qual está inserido, **conhece o que é bom para os homens e é capaz de realizar o ‘silogismo prático’ com vistas à consecução de um bem**⁴⁵. (Destaque nosso)

E prosseguiu a pesquisadora, ao afirmar que, de posse de tudo isso, o homem portador desta virtude prática, “*mostra-se apto ao exercício de diversas funções políticas, dentre as quais, a magistratura*”.

Finalizando seu pensamento acerca da virtude prática, a mesma autora assim conclui:

Assim, no exercício de sua função, o magistrado dotado de saber prático saberá deliberar acertadamente a respeito do melhor possível, com vistas a solucionar as questões que surgem do fato de, neste mundo contingente, nem tudo ser como deveria. Desse modo, **a sabedoria prática é excelência que certamente auxiliará o magistrado no bom exercício da sua função dentro da comunidade política, contribuindo para a preservação desta**⁴⁶. (Destaque nosso)

Em relação a estas virtudes, e corroborando com as mesmas assertivas acima, Elcias Ferreira da Costa afirma que o verdadeiro magistrado é aquele que

[...] procura a magistratura com o elevado **ideal de ser digno**, correto, firme, intrépido, **sobretudo de ser justo** e que **somente a procura impulsionado pelo desejo de ser útil à sua coletividade, de compartilhar da construção do bem comum** [...] ⁴⁷. (Destaque nosso)

Assim entendido, o magistrado é colocado como centro deste cenário jurídico,

⁴⁴ MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional**. 2007. 110f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 11.

⁴⁵ MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional**. 2007. 110f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 70.

⁴⁶ MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional**. 2007. 110f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 71.

⁴⁷ COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas**. RJ: Forense, 2008, p. 221

e tido como aquele que, portador de virtude **ética**, é o responsável por pronunciar o bem e o mal quando solicitado, por ser o “*ator de transformação efetiva da sociedade*”⁴⁸.

Ora. Se assim for entendido, estará sendo conferido a este agente público um poder que, definitivamente, não lhe compete e que, para o **Processo** democrático, torna-se uma aberração. Fato que leva esta pesquisa a discordar de Paul Ricoeur quando este afirma que “[...] *os juízes são homens como nós, mas colocados acima de nós para dirimir conflitos*”⁴⁹.

O Juiz é tão somente um agente público que, após ser submetido a uma licitação pública - concurso de provas e títulos - e aprovado, representa o Estado quando da prestação jurisdicional. Em assim sendo, é inaceitável que ainda hoje seja este agente tido como o ator principal deste **teatro jurisdicional** a que se chamam de jurisdição democrática. Igualmente inaceitável é que ele ocupe papel essencial, inclusive, na produção e avaliação racional da prova, bem como que a boa-fé e a lealdade processual (conceitos completamente éticos) sejam tidos como a base do direito processual contemporâneo, como querem Eduardo Cambi e Eduardo Hoffmann⁵⁰.

É sabido que o livro de regras não consegue abarcar todas as situações – jurídicas ou não - pelas quais a sociedade venha a passar. Mas nem por isso pode-se conceder ao agente (supostamente) dotado de virtude **ética** qualquer pretensão função “*supletiva e moderadora*”⁵¹.

Mesmo porque, em todos os casos, o que se percebe da análise da doutrina e da jurisprudência, principalmente, são padrões comportamentais em relação aos operadores do direito. Referidos padrões comportamentais são tidos como máximas de virtude, sem que aportes teóricos justifiquem referida imposição. E mais. Sem que teorias sejam capazes de estabelecer o liame necessário – se é que existe -

⁴⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O papel do juiz e do poder judiciário na sociedade moderna. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.93, n.824, p. 61-71, jun. 2004.

⁴⁹ SÉRIAUX, Alain. Os desafios éticos da atividade de iurisdictio. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Org.). **A consciência do Juiz na tradição jurídica europeia**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009, p. 346.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n. 201, p. 77-78, nov. 2011.

⁵¹ Termo utilizado pelo presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, Jean-Marie Coulon, ao defender que, diante da insuficiência da norma, diante desse vazio regulador, a ética do juiz deve ser reivindicada; ética esta que, para ele, é sinônimo de *consciência do juiz* (COULON, Jean Marie. A consciência do juiz hoje. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Org.). **A consciência do juiz na tradição jurídica europeia**. Tradução de Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009, p. 387-396).

entre referidos padrões e a própria prática jurídica. Fato que deixa evidenciado como palavras sem significados são expressadas a todo instante, desprovidas do mínimo que sejam de conteúdo científico, como possíveis justificadoras de padrões de comportamento, bem como justificadoras e embasadoras de uma suposta **processualidade democrática**.

2.2.2 A linguagem como lugar comum de conceitos éticos

O conhecimento é construído pela **linguagem**, sendo considerada *“instrumento secundário do conhecimento humano”*⁵². Referida **linguagem**, diga-se de passagem, constitui característica tipicamente humana, *“constituidora e reguladora da atividade social, tendo em vista sua função comunicativa e as características de sua aquisição, que representam sua dimensão social”*⁵³. Assim, a **linguagem** se constitui em verdadeira *“forma de vida social”*⁵⁴.

Neste sentido, é possível afirmar que Habermas trabalha a **linguagem** como ação humana e como prática social. Ocorre que esta **linguagem** trabalhada por ele ocorre no espaço nu.

Em contraponto a isso, a perspectiva teórica desta pesquisa se coaduna com o estudo de Andréa Alves de Almeida, ao afirmar:

A linguagem trabalhada por Habermas tem como pressuposto (primeiro princípio) um **acordo prévio entre falantes, um sistema de normas e convenções sociais originadas historicamente**. O horizonte de sentido intersubjetivamente partilhado é a condição de possibilidade do entendimento entre os diferentes sujeitos. Assim **a intersubjetividade proposta por Habermas, antes de significar pluralidade de indivíduos, é comunhão de sentido já consolidado**⁵⁵. (Destaque nosso)

Assim, importante consignar que a metalinguagem trabalhada por Habermas pressupõe uma prática linguística prévia constituída no mundo da vida.

Com propriedade, Rosemiro Pereira Leal assim se posiciona acerca do

⁵² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Pragmática analítica. A segunda filosofia de Wittgenstein. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. (Filosofia 40), p. 119.

⁵³ SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2000, p. 55

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 8.

⁵⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 132-133.

procedimentalismo habermasiano:

O procedimentalismo democrático de Habermas só poderia ser factível pelo modelo e estrutura espaço-temporal regida pelo Processo como instituição constitucionalizada jurídico-principlológica, **e não por quaisquer interações comunicativas procedimentais ocorrentes na base cultural de produção do direito**, ainda que constitucionalmente permissíveis⁵⁶. (Destaque nosso)

Mesmo porque, conforme conclusão ainda de Rosemiro Pereira Leal:

O pertinaz historicismo de Habermas, ao admitir procedimentos fora da processualidade jurídica, vem reafirmando um **retorno a uma ética absolutista** empurrada pela escatologia hegeliana de uma estatal jurisdição redentora (ações afirmativas) calcada num agir comunicativo por uma insólita isonomia pressuposta de uma reta razão universal e apriorística (kantiana) a orientar mobilizações do povo à conquista utópica de seu destino inato para o Bem e o Justo. Assim, a tão almejada discursividade habermasiana sobe os palanques da retórica de uma neutralidade deontológica que assegura uma **fala inerente ao entendimento como construtora metabólica de uma soberania popular e direitos humanos sem esclarecer os critérios da teorização do que seja povo a pretender soberania ou do que sejam humanos a pleitear direitos**⁵⁷. (Destaque nosso)

Entretanto, o que poucos percebem é o fato de ser esta **linguagem** extremamente porosa, constituída por aporias, ou seja, falhas na sua estrutura.

Pelo jusnaturalismo tentar-se-ia falar em uma **linguagem** que seria imanente à própria natureza. Aí estaria, talvez, a dispensa da norma jurídica, por um clarividente descobridor da **linguagem**. Daí porque se deveria reduzir o nível de polissemia da palavra **linguagem**, ou seja, estudar a fundo essa questão. Por ser um tema extremamente denso e complexo, que transcende este trabalho, não será aqui feita uma abordagem minuciosa acerca do tema; fato que, de maneira alguma, leva à sua preterição. Ao contrário, dada à sua importância, deixar-se-á o estudo do tema para um momento apropriado e específico.

Fato é que a **ética** representa um dos infindáveis conhecimentos que se constrói pela e quase que tão somente pela **linguagem**. Mesmo porque, conforme assertiva anteriormente exposta, respaldada nas lições gadamerianas, os pré-

⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : ano 2001. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. p. 25. v.2.

⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, Belo Horizonte: Del Rey, 2005c p. 119.

conceitos, advindos da tradição, são informados, compartilhados e disseminados entre as pessoas através de uma interação que ocorre no mundo **pela linguagem e através da linguagem**. Talvez, por isso, inclusive, o uso da **linguagem**, há séculos, provou “*jamais haver sido neutro*”⁵⁸, uma vez que o aprendizado dos indivíduos ocorre pela transmissão; pela herança da tradição através da **linguagem**, determinando a vida em sociedade e a criação da cultura⁵⁹.

Neste cenário, o que se percebe é simples e tão somente a utilização indemarcada da **ética**, já que estando esta sendo reproduzida, a todo instante, sem aporte teórico algum. Ou seja, conceitos éticos são estabelecidos não a partir de uma cientificidade teórica, demarcada e exposta à crítica - também científica -, mas a partir de “*significados primeiros-últimos inscritos no mural de uma linguagem sempre já falada*”⁶⁰, o que acaba por gerar significados sem significantes, ou seja, significados sem representação de algo; de um objeto sem esse algo, sem esse objeto em si considerado⁶¹.

Em assim ocorrendo, sentidos para a **ética** são obtidos através de uma **linguagem** natural, comum, que se origina no mundo da vida, sem estabilização de sentidos algum.

Além disso, o uso da **ética**, no direito, vale-se da lógica geral (também chamada de lógica formal), na medida em que se firma em argumentos autoritários, onde **verdades** são construídas por repetições⁶². Forçoso concluir que esta lógica geral, tão venerada pelos nossos Tribunais, não possui compromisso algum com as conquistas adquiridas **pelo e com** o Estado de Direito Democrático.

A lógica geral que, juntamente com a lógica modal, formam o gênero denominado lógica clássica, não fornece serventia à **processualidade democrática**, uma vez que elas sustentam a ciência dogmática do direito, que nada

⁵⁸ PAIVA, Márcio Antônio de; VIEIRA, Guilherme Fulgêncio; RIBEIRO, Jomara de Carvalho; MARTINS, Maria Celeste. Ética e Direito: diálogos possíveis. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 543.

⁵⁹ SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de doutorado em direito processual: ano 2003**. 3. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2003. p. 155-156. v.3.

⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 36

⁶¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações iniciais sobre semiótica jurídica. **Revista CEJ: [Brasília]**, Brasília, v.14, n.51, p. 115-124, out/dez., 2010.

⁶² SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático: incursões tópicos-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo**. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 55-59.

se compatibiliza com o Estado de Direito Democrático. Como bem apontado por Rosemiro Pereira Leal,

A lógica clássica é, em seu percurso histórico, também herdeira da metafísica epistêmica que veda a pesquisa dos fundamentos (elementos) da causalidade dessa reta razão como inerência ao pensamento humano dos predestinados a julgar, legislar, administrar, aconselhar, mediar, arbitrar.⁶³

Consequência deste fenômeno - pelo menos no seio jurídico, ambiente no qual esta pesquisa encontra campo fértil de análise - é uma total mitificação ou mistificação da **ética**, como se ela fosse um conceito pressuposto a ser utilizado, sempre, no discurso daqueles que se identificam ou se qualificam como protetores do bem comum⁶⁴ - e aqui é incluído desde os estudantes de direito até o presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sendo um mito, um *topoi* (porque não passa pela dialógica), a ética é, invariavelmente, utilizada pelos **estudiosos** e aplicadores do direito, no discurso processual (procedural)⁶⁵, como meio de imposição de vontades particulares ou pertencentes a um seletivo grupo de pessoas, bem como meio também de dominação.

Acerca do assunto, salutar a afirmação de Rosemiro Pereira Leal, ao tratar acerca da **linguagem** como *topoi* (lugar comum):

[...] em tendo suporte numa fraseologia de *topoi* (lugares comuns), qualquer argumentação, considerada como bem sucedida, deixa sempre invisíveis os fundamentos de sua eficiência. Assim, esses tipos de constituições recepcionadores, homologatórias do Estado-Sociedade miticamente originário ou postos pelo Estado historicamente pressuposto e, por inerência escatológica, cumpridor ôntico de fins de integração social, são portadores de auto-evidência absolutizadora de seus próprios sentidos **por conteúdos de uma linguagem autocrática a serviço de uma dominação social exercida na rede burocrática dos poderes**. E estes (poderes), por sua

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 154.

⁶⁴ Neste sentido similar, inclusive, escreveu Dhenis Cruz Madeira no capítulo VIII da sua tese de doutoramento, intitulada **Tópica e Processo**. (MADEIRA, Dhenis Cruz. **Tópica e Processo** 2012. 551 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 402.442).

⁶⁵ Interessante observação foi feita por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, ao tratarem acerca dos discursos éticos, morais e jurídicos. De acordo com os referendados autores, a argumentação jurídica, enquanto argumentação prática, vale-se no plano da justificação das normas de discursos vários, dentre eles, os pragmáticos, éticos e morais (CARVALHO NETTO; MENELICK DE; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a(in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101-104).

vez, funcionam eficientemente como entraves ideológicos da auto-ilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico-político constitucionalmente adotado⁶⁶. (Destaque nosso)

Ora. Sendo desprovida de aporte teórico - portanto, indemarcada -, advinda de um dos três tipos puros de dominação - a tradição - e reproduzida pela **linguagem**, por certo que a **ética** constitui uma voraz arma de imposição de poder, utilizada nos discursos de autoridade, sendo estes maquiados por outros também **topoi**, dentre eles, **bem comum**, **justiça** e **paz social**, na falaciosa argumentação utilitarista de propiciar a máxima felicidade para o maior número possível de indivíduos.

No estudo do direito, o recinto de sua construção somente pode ocorrer por uma **linguagem** específica, que é o **Processo**. Portanto, a **linguagem** no direito passa a ser **Processo**. Mas tem que ser com uma teoria da **linguagem** jurídica⁶⁷. Assim, uma vez que se encontra a **ética** fora desta **linguagem** jurídica - firmada e alicerçada por uma teoria própria -, por certo que a mesma permanecerá com seus significados equívocos, ou seja, não pesquisados, constituindo em trajetória de dominação.

Portanto, a **linguagem** é pressupostamente racionalizante e, portanto, não é aceita na **teoria neoinstitucionalista**. A linguisticidade, por seu turno, acarreta na pós-modernidade a compreensão prévia de uma teoria do discurso processualizado que possa despragmatizar os processos históricos de aparição espontânea e coerente de conceitos éticos.

Rosemiro Pereira Leal expõe que o sentido pragmático é sempre recorrente. Embora o locutor possa não saber o que seja, sempre lhe é útil. O pragma cria o referente, e o pacto de sentido se faz de modo cultural. O pragma, segundo o autor,

[...] assume a caricatura fantasmal de um SUJEITO DESASSUJEITADO do seu próprio desejo de significar, repassando, por **renúncia ao desejo de significar, aos significados equívocos por um anônimo CONSENSO ou laços sociais adquiridos nas cenarizações dos significantes, a função estabilizadora do pacto do silêncio historicamente celebrado e denominado CULTURA**⁶⁸. (Destaque nosso)

⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 22.

⁶⁷ Sobre o assunto, ler artigo: **Direitos fundamentais do Processo na desnaturalização dos direitos humanos**, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal.

⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos**. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.17, p.94, 1º sem. 2006b.

Cultura, para Rosemiro Pereira Leal, é, por sua vez, a “*esfera pública e nicho de naturalidade espontânea ao arbitramento dos conflitos e destinos sociais e fonte jurisprudencialista de projetos praxiológicos e de justificação racional dos sistemas normativos*”⁶⁹. Por isso que entender a cultura como sendo “o *armazém de saber*”, como entende Habermas⁷⁰, trata-se de impropriedade.

Interessante observar que há autores que afirmam que o sentido pragmático – pragmatismo - é uma espécie de utilitarismo jurídico, acreditando que as decisões judiciais devam atender aos fins sociais⁷¹. Afirmação esta que destoia da proposta desta pesquisa.

Ocorre que se assim for entendido, torna-se possível afirmar, por exemplo, que a condenação de réus em casos famosos de homicídios não ocorreu e não ocorre pelas provas acostadas aos autos, sendo estas totalmente dispensadas. Na medida em que bastaria o clamor social de condenação, confirmado pelas manchetes midiáticas, para que o juiz, ético, fundamentasse sua sentença tão somente a partir dos **fins sociais**, dentre eles, promover a **justiça social**. Ou, ainda, bastaria a análise **curricular** de um infrator para tê-lo como culpado ou inocente, na medida em que atuasse fora ou dentro, respectivamente, dos padrões éticos, socialmente concebidos.

Assim, é possível afirmar que a **teoria neoinstitucionalista** não nega que a **linguagem** natural é o meio pelo qual nos comunicamos e nos exprimimos, mas não a concebe como “*morada (prisão) ou limite intransponível do ser*”⁷².

Além disso, é ainda possível afirmar que o poder da palavra **ética** está na crença da legitimidade da própria palavra. Portanto, o simbolismo da **ética** encontra-se alicerçado na produção e reprodução (indemarcada e inquestionada) da crença⁷³.

⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 183.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 96.

⁷¹ Neste sentido, ver: KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**, v. 3, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 30.

⁷² ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.p. 143.

⁷³ Pierre Bourdieu, nesta perspectiva, oferta importante contribuição acerca do assunto, em obra intitulada **O poder simbólico**, deixando claro que a “*objetividade do sentido do mundo define-se pela concordância das subjetividades estruturantes*”, chamadas por ele de consenso (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.p. 7-16). Pertinentes, também, as palavras de Maria Rita Kehl: “*A tradição, a educação, as religiões, as grandes mitologias são formações da cultura que tentam garantir uma certa estabilidade (simbólica) e uma credibilidade de base imaginária no que concerne à transmissão da lei de geração a geração. A transmissão, assim como a origem da lei, se inscrevem no inconsciente; sua inscrição subjetiva se dá*

Ignorar tal fato, como fazem os **estudiosos** e aplicadores do direito, a partir da análise estabelecida nesta pesquisa, significa fechar os olhos da ciência do direito para algo que urge em ser desmitificado ou desmistificado: a **ética**, tal como ovacionada na ordem jurídica, assim permanece tão somente porque interesses sinistros, obscuros, por conveniência, assim querem; razão pela qual o Judiciário, como bem afirmado por André Del Negri, prefere não romper com a tradição, dando “*continuismo*” a ela⁷⁴. Afinal, descortinar; desvelar o pano de fundo de tal questão seria algo que contrariaria interesses obscuros.

por meio da linguagem, mas sua consciência imaginária é preservada pelas grandes formações da cultura” (KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 13).

⁷⁴ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.p. 375.

3 TEMÁTICA PROCESSUAL SOBRE A ÉTICA E SEUS HORIZONTES DIFERENCIADOS E AFINS

Ao abordar o termo **ética**, a partir de uma perspectiva processual, indispensável que se proceda a uma pequena temática acerca de trabalhos, também processuais, que girem ou permeiem o mesmo tema, apresentando seus horizontes diferenciados, embora estes possuam também suas afinidades. Antes dos referidos trabalhos processuais, esta pesquisa analisará a ética spinoziana, uma vez que a partir dela se perceberá a despreocupação das pessoas em questionar e pesquisar as origens ou as causas de termos tidos como imanentes, como ocorre com a ética.

Assim, a partir de agora, esta pesquisa irá realizar um trabalho indutivo a partir daquilo que já se encontra exposto sobre o tema.

3.1 Spinoza

Benedictus⁷⁵ Spinoza foi um dos grandes racionalistas do século XVII, tendo ganhado fama pelas suas posições opostas à superstição, e ainda, devido ao fato da sua **ética** ter sido escrita sob forma de postulados e definições, como se fosse um tratado de geometria.

3.1.1 Natureza e direito

Muito embora Spinoza tenha defendido suas ideias, crenças e convicções através de inúmeras obras, este estudo, de maneira sucinta, debruçou-se sobre a natureza e a sua relação com o direito.

Grosso modo, pode-se afirmar que o referendado autor defende que Deus e natureza são dois nomes para a mesma realidade, sendo a única substância em que consiste o universo e do qual todas as entidades menores constituem modalidades ou modificações. Em outras palavras, Deus é natureza, sendo ele causa de todas as coisas⁷⁶.

⁷⁵ Benedictus é a tradução de Bento para o latim, e Baruch, para o hebraico. RIZK, Hadi. **Compreender Spinoza**. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: RJ, Vozes, 2006, p. 07.

⁷⁶ SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**: tratado da correção do intelecto; ética; tratado político; correspondência. Tradução de Marilena de Souza Chaui. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 116. (Os pensadores).

Deus e/ou natureza possuem, para o pensamento de Spinoza, infinitos atributos, entre os quais se destacam a extensão (corpo) e o pensamento (ideia). A partir disso, Spinoza entende que a natureza refere-se ao mundo físico e mental que coexistem em uma coisa só que é a substância. Ou seja, o mundo físico e mental, embora diferentes ou paralelos, que nem se sobrepõem nem se interagem, coexistem. Afinal, para ele, *“a alma, ou melhor, a mente, é apenas a ideia do corpo. E este é um objeto realmente existente, ou seja, um modo do atributo extensão; e aquela, um modo do atributo pensamento”*.⁷⁷

Insta considerar que para Spinoza, tudo o que acontece ocorre através da operação da necessidade, mas jamais da teleologia, a ponto de afirmar que até o comportamento humano é assim determinado. Mesmo porque, para o autor tudo foi predeterminado por Deus.

Assim, tudo o que é, existe necessariamente na substância; assim, não há na filosofia spinoziana, repita-se, nenhuma teleologia, mas apenas necessidade na natureza. Isso porque para o filósofo sob análise todas as teleologias são meramente conceitos ou representações humanas.⁷⁸

Em determinada passagem da obra, o autor assim expõe:

Os homens supõem comumente que todas as coisas da Natureza agem, como eles mesmos, em consideração de um fim, e até chegam a ter por certo que o próprio Deus dirige todas as coisas para determinado fim, pois dizem que Deus fez todas as coisas em consideração do homem, e que criou o homem para que este lhe prestasse culto.⁷⁹

A assertiva acima exposta, por certo que para a grande maioria das pessoas, seria considerada naturalmente verdadeira. Para Spinoza, por seu turno, tal afirmativa é falsa. E tanto é falsa que ele levanta algo até então sequer suscitado de dúvida, qual seja, que *“toda gente nasce ignorante das causas das coisas e que*

⁷⁷ FRAGOSO, Emanuel Ângelo da Rocha. A concepção de natureza humana em Benedictus de Spinoza. **Cadernos Espinosanos XXI**, Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/espinosanos/ARTIGOS/numero%2021/emanuel.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2013.

⁷⁸ Sobre o tema: CHAGAS, Eduardo Ferreira. Feuerbach e Espinosa: Deus e natureza, dualismo ou unidade? **Revistas Trans.Form. Ação**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 79-93, 2006.

⁷⁹ SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**: tratado da correção do intelecto; ética; tratado político; correspondência. Tradução de Marilena de Souza Chaui. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 116-117. (Os pensadores).

*todos desejam alcançar o que lhes é útil e de que são cômicos*⁸⁰.

Neste sentido, Spinoza entende que os seres humanos têm a opinião de que são livres por conhecerem internamente suas vontades. Entretanto, sequer pretendem saber das causas que o levam a ter suas vontades, mesmo porque, ignoram aquelas. Além disso, todos os atos humanos seriam derivados da utilidade daquilo que têm vontade, preocupando-se tão somente com as causas finais dos acontecimentos já passados.

Spinoza diz que os homens encontram em si (e até mesmo fora de si) bastantes coisas que são meios, que contribuem para alcançar aquilo que lhes é útil (por exemplo, olhos para ver e animais para alimentação). Tais coisas da natureza, para os homens, são consideradas como meios para a sua utilidade pessoal, dispostos por outrem para que os utilizassem. Assim, os homens estabeleceram que os deuses ordenaram tudo o que existe para o uso humano, colocando em cheque qualquer ideia de que as coisas era criadas por si mesmas.

A partir daí, a superstição de compreender as causas finais das coisas e tentar as explicar, no sentido de demonstrar que na natureza nada se produz em vão, mas tudo é feito por uma questão de necessidade.

Entretanto, da mesma forma que a natureza dispôs de coisas para o bem, ela também dispôs de coisas ruins, tais como: doenças, terremotos e tempestades. Estas ocorreriam porque os deuses se irritavam com ofensas dos homens ou com pecados por estes cometidos. E tais eventos atingiam indistintamente indivíduos devotos. Estes, ao contrário de destruir e acabar com toda esta estrutura, colocavam isso no número das coisas cuja utilidade desconheciam, permanecendo no estado da ignorância.

Assim, pode-se inferir da obra de Spinoza que as falhas ou imperfeições da natureza não pertencem a ela mesma, mas à valorização humana da natureza. Ou seja, são certos modos e maneiras determinadas de se pensar, através dos quais os homens agregam à coisa, o que equivale a dizer que são apenas modos finitos de representações, conceitos e valores que os homens formam a partir da comparação de uma coisa com outra.

Tal situação permanece até que o homem passou a atentar para estes

⁸⁰ SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**: tratado da correção do intelecto; ética; tratado político; correspondência. Tradução de Marilena de Souza Chaui. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 117. (Os pensadores).

prejuízos e começou a obter um verdadeiro conhecimento das coisas, de maneira tal que agora a natureza não teria qualquer fim que lhe fosse prefixado e que todas as causas finais nada mais são que ficções do espírito humano. Neste sentido, tudo o que existe, segundo Spinoza, “*provém de certa necessidade eterna e da suma perfeição da natureza*”⁸¹.

Marilena Chauí, por sua vez, em obra singular sobre Spinoza, assim afirma em subtítulo denominado **A ontologia do necessário**:

[...]. nada há de contingente na natureza das coisas, isto é, na realidade. De fato, a tradição jamais recusara que Deus é o ser necessário, porém, como temos visto, trabalhara para provar que a necessidade de Seu ser não impedia a ação contingente de Sua vontade. ... Além disso, a tradição jamais recusara a necessidade das leis naturais, porém distinguira o poder ordinário e o extraordinário de Deus, este último manifestando-se na suspensão do primeiro, como no milagre e na graça. Enfim, a tradição admitira uma necessidade natural que poderia ser suspensa nos seres em que se pode e deve distinguir o que são e fazem “por natureza” e o que fazem “por vontade”, portanto, aqueles seres que são capazes de determinar a si mesmos em vista de fins e, com isso, escapar da causalidade per se. Ao reunir necessidade da causa e determinação do efeito, Espinosa rompe com a tradição e com o inimigo que ela julgara combater: o fatalismo.⁸²

Essa necessidade da natureza a que Spinoza se refere, pode ser expressa da seguinte forma: toda a coisa existente na natureza somente pode se consistir se houver uma causa para a sua existência. Essa causa é também novamente determinada por outra causa e, assim, até o infinito. Essa causalidade (o universo se submeter à relação de causa e efeito) é determinada novamente por outra causa, a causa de si mesma, ou seja, pela substância: que para Spinoza é aquilo que é em si e si concebe por si mesmo: ou seja, aquilo cujo conceito não precisa do conceito de uma outra coisa pelo qual deva ser formado.⁸³

E, de alguma forma, Spinoza defende uma expressão unívoca da necessidade, sem que esta seja mecanicista.

Certo é que a natureza é o princípio, a essência da filosofia de Spinoza e que não pode ter nenhuma realidade fora da substância (de Deus).

⁸¹ SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**: tratado da correção do intelecto; ética; tratado político; correspondência. Tradução de Marilena de Souza Chauí. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 119. (Os pensadores)

⁸² CHAUI, Marilena de Souza. **A nervura do real**: imanência e liberdade em Espinosa. São Paulo, SP: Cia de Letras, 1999. 1v. (2 t.) p. 901 e 902.

⁸³Proposição III, SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Angel Rodriguez Bachiller. 3. ed. São Paulo: Atena, 1957. (Biblioteca Clássica; XL).

A partir do pensamento spinoziano, é possível estabelecer um nexos entre a natureza e o direito. Spinoza entende que o ser humano não se preocupa com as causas originárias, mas tão somente com as causas finais. Afirma, ainda, que tudo foi predeterminado por Deus. E que todos os atos humanos seriam derivados da utilidade daquilo que têm vontade, preocupando-se tão somente com as causas finais dos acontecimentos já passados.

Para o direito hoje, forçoso concluir que igualmente à natureza concebida por Spinoza, não se percebe a preocupação das pessoas em questionar as causas de elaboração de determinada norma, por exemplo, bem como em que contexto a mesma foi criada, na medida em que são aceitos discursos retóricos de **bem comum, justiça social, democracia e ética**. Assim, hodiernamente, percebe-se, ainda, a aceitação acrítica e passiva das pessoas em relação a práticas dominatórias por parte dos detentores do poder, sob a justificativa absurda de que as mesmas possuem um fim maior (discursos retóricos).

3.2 Tércio Sampaio Ferraz Júnior

É inegável que o professor e advogado militante Tércio Sampaio Ferraz Júnior possui um currículo acadêmico invejável. Ocorre, todavia, que tal fato, por si só, não é capaz de estabelecer uma barreira àqueles que pretendem criticar, cientificamente, o seu conhecimento posto. Assim, serão aqui analisados alguns pontos da obra do autor.

Inicialmente, é correto afirmar que o autor em epígrafe é partidário do entendimento do **Processo** numa visão instrumentalista. Para ele, **Processo** pode ser resumidamente conceituado como sendo simplesmente o instrumento de composição de uma lide⁸⁴.

Além disso, é possível afirmar que o jurista em comento entende que ao decididor, quando se encontra diante de conceitos indeterminados (**ética**, por exemplo) ao decidir, cabe-lhe a tarefa de clarificar o termo, no momento de aplicação da norma⁸⁵. Ou seja, Tércio Sampaio Ferraz Júnior parte do entendimento de que se deve conferir à autoridade - juiz - a capacidade e a discricionariedade de

⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 96.

traduzir qualquer conceito vago ou impreciso, expresso pelo legislador. Assim, o autor deixa claro que o magistrado deve coparticipar na determinação de sentidos de conceitos normativos, de maneira a concretizá-los - fato que deixa evidenciado que as partes ficarão alijadas desta tarefa.

Percebe-se que mencionada **concretização** se apoia nos chamados *standards*, que não passam de “*construções jurídicas apoiadas em generalizações da moral social, que permitem, com mais segurança, a identificação, em cada campo da vida social, do sentido de “bons costumes”, “boa fé” etc*”⁸⁶. Certo, então, que cuida a **ética** de um destes *standards*, cuja determinação de sentido ficará a cargo de um juiz, na aplicação de um caso concreto.

E mais. Tércio Sampaio Ferraz Júnior consigna que as argumentações esposadas pelo juiz, no momento de sua decisão, valem-se e devem se valer de uma escolha **ética**⁸⁷, a partir de um conjunto de crenças e preferências⁸⁸, agindo de acordo com as leis e agindo na busca de satisfação do **justo** e do **bem comum**; fato que justifica ser o **Processo** um instrumento justificado de decisão de conflitos.

Para saber qual seria esta escolha **ética**, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que basta o conhecimento sistemático, que é apreendido através da experiência⁸⁹, da prática contínua. Assim, quanto mais experiência, mais ações virtuosas serão realizadas pelo decisor.

Certo é que o referendado autor argumenta que deve ser admitido um “*superdireito*”⁹⁰, que seja universal, exterior e superior aos direitos positivos – como é o caso da **ética** -, como forma de conferir-lhes sentido e legitimidade. O que permite ser afirmado que Tércio Sampaio Ferraz Júnior é defensor de um conjunto de valores culturais que devam ser aplicados no direito, como condição de legitimação deste.

Portanto, não é a esmo que o autor assim expõe:

⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 96-97.

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 320.

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 314, 2007.

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 325.

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 327.

A noção de sentido tem relação, afinal, com a ideia de senso comum. **Senso comum** não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar -, mas **como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram.** Senso comum, portanto, não é uma capacidade solitária, que cada qual exerce independentemente dos outros e que, não obstante isso, pode fazer que todos cheguem às mesmas conclusões (por exemplo, que dois mais dois sejam iguais a quatro); é, porém, a presença de um mundo comum, base do que se pode chamar de *senso comum*. Ou seja, senso comum é algo que o homem experimenta em contato com os outros e não solitariamente. Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha um sentido⁹¹. (Destaque nosso)

O que talvez Tércio Sampaio Ferraz Júnior não atentou foi para o fato de este **senso comum** cuidar de algo advindo de uma sociedade mitificada, onde somente a vontade dos patrimonializados⁹² será respeitada.

3.3 Humberto Theodoro Júnior

O professor Humberto Theodoro Júnior, autor de um vasto número de obras - sejam elas individuais ou coletivas - aborda a **ética**, ainda que indiretamente, em alguns dos seus estudos.

Ao trabalhar o instituto da **boa-fé** e o papel do juiz no **Processo**⁹³, o autor, de pronto, informa que a sociedade, antes de qualquer manifestação estatal, estabelece costumes a partir do **consenso** que se infere da conduta daqueles que, nesta sociedade, encontram-se inseridos. Qualquer ato contrário a referido **consenso** passa a ser censurado moralmente.

Nesta perspectiva, Humberto Theodoro Júnior entende que as regras éticas e morais representam a fonte primária de todas as regras de comportamento social, estando o direito positivo incumbido apenas de tutelar os *“preceitos naturais da ética, individualizando-os objetivamente nas leis”*⁹⁴.

Diante dessa realidade traçada pelo professor, seria impossível dissociar a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, principalmente em relação

⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 334-335.

⁹² Sobre o tema, reportar-se o leitor ao item 4.3.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 11-28, jun. 2008.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 12, jun. 2008.

às normas genéricas ou cláusulas gerais que se reportam sempre a referidos valores. Mesmo porque as normas somente poderiam ser verdadeiramente apreendidas a partir de valores éticos.

Humberto Theodoro Júnior parte do entendimento de que, embora não se tenha como dissociar a **ética** das normas jurídicas, aquela é algo que antecede a estas. Entretanto, segundo palavras do próprio autor, *“Não se impõe um valor ético criado em laboratório por juristas inteligentes. Para a lei absorver um valor ético é preciso que já tenha sido ele chancelado pelos usos e costumes sociais”*⁹⁵. Assim, sendo a **ética** um produto cultural e não jurídico, para Humberto Theodoro Júnior ela se torna exigível a partir do momento em que alcance um nível tal de aceitação que possa ser exigida tanto das próprias pessoas da sociedade quanto do próprio Estado.

Fato é que a atividade do juiz⁹⁶, neste cenário discriminado pelo autor, é sobrelevada diante do fato de este agente público ter de não apenas aplicar a norma ao caso concreto, mas *“descer até aos usos e costumes locais para definir a eticidade e, conseqüentemente, a licitude do comportamento dos contratantes, e ainda para bem definir o conteúdo da relação obrigacional”*⁹⁷, razão pela qual ele *“deve personificar o justo, isto é, a própria justiça enquanto valor”*⁹⁸.

De acordo com a perspectiva traçada pelo autor, deve ser conferido papel mais ativo ao juiz tanto por este último fato apontado quanto, inclusive, ao fato de ter ele de comandar a *“marcha processual”* e zelar pela *“dignidade da justiça”*⁹⁹.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, n.136, p.35, jun., 2006.

⁹⁶ Referido agente público, juntamente com o legislador, é tido por Humberto Theodoro Júnior como *“intérpretes autênticos”* (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.189, p.33, nov. 2010). A partir disso, o professor Humberto Theodoro Júnior faz constar que referidos intérpretes, notadamente os magistrados, podem proferir decisões fora do quadro de regras jurídicas (Kelsen), valendo-se de fundamentos, inclusive, extrajurídicos, uma vez que receberam autorização de um nível superior.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368 , p. 15, jun. 2008.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368 , p. 20, jun. 2008.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368 , p. 19, jun. 2008. Importante consideramos que Theodoro Júnior entende que a ordem processual, com suas incessantes reformas, estabelece a prioridade dos resultados práticos, com vista à consecução de um

Portanto, o autor parte do entendimento de que é imprescindível que o juiz possua uma acentuada qualificação **ética**, como condição para bem prestar a tutela jurisdicional.

Não bastasse isso, Humberto Theodoro Júnior chega a afirmar que os valores éticos são os fundamentos do Estado Social de que se constitui a República Federativa do Brasil. E que, caso desrespeitados, estar-se-á diante de uma afronta à Constituição.

A partir da leitura de outras obras do autor¹⁰⁰, pode-se concluir que o seu entendimento é no sentido de que o Estado de Direito Democrático somente é verdadeiramente implantado e efetivado a partir do momento em que conceitos e valores éticos forem respeitados.

Sob este prisma, Humberto Theodoro Júnior deixa evidenciado que as leis processuais, hodiernamente, não podem ser indiferentes à **ética**. Assim, segundo palavras do próprio autor, *“não se permite mais, portanto, que os procedimentos judiciais sejam tratados como simples instrumentos de justiça formal, mas, sim, como uma garantia muito mais ampla de justiça substancial”*.¹⁰¹

O professor referendado afirma, categoricamente, que a **ética** deve ocupar, no cenário jurídico atual, lugar de destaque. Assim expõe Humberto Theodoro Júnior:

É hora de os operadores da justiça aceitarem colocá-la dentro de um prisma gerencial, que, de forma alguma, se deve considerar menor e menos significativo que o puro exame das questões de direito. Urge quebrar o casulo normativo-legal, para **afastar-se do plano teórico e penetrar o mundo do senso prático** [...] ¹⁰² (Destaque nosso)

processo justo (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v.58, n.395, p. 18-21, set. 2010). E, em assim entendendo, por certo que os conceitos teóricos são relegados a segundo plano.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 11-28, jun. 2008.; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.189, p.09-52, nov. 2010; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, n.136, p.32-57, jun., 2006.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 17 e 28, jun. 2008.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 17 e 28, jun. 2008.

Em relação ao **Processo**, Humberto Theodoro Júnior - instrumentalista que é - entende-o como instrumento da jurisdição. Razão pela qual, inclusive, afirma que o devido processo legal “*veicula a noção de instrumento apto a proporcionar o verdadeiro acesso à justiça, ou seja, a de um processo aparelhado para assegurar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar*”¹⁰³. Instrumento este que, além de concretizar a vontade da lei, deve ser visto também como instrumento apto a proporcionar a justiça e a efetividade dos princípios sociais éticos¹⁰⁴. Razão pela qual o autor afirma que “*o moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética*”¹⁰⁵.

Assim sendo, o autor faz constar que o desenvolvimento processual – numa perspectiva **moderna** - deve ser feito a partir da obediência aos valores éticos; esta obediência constituiria, para ele, condição indispensável para a orientação, inclusive do comportamento, de todos os que atuam no âmbito jurídico, contribuindo, desta feita, para que estes contribuíssem com a realização da chamada **justiça**.

É perceptível extrair das obras de Humberto Theodoro Júnior que conceitos como **ética**, **justiça** e **Processo** são esboçados sem a menor preocupação científica, uma vez que expostos aleatoriamente no seu discurso, de maneira tal a se conseguir formar um jogo de palavras tão somente.

3.4 Alexandre Freitas Câmara

Alexandre Freitas Câmara, renomado doutrinador, detentor de um currículo acadêmico invejável¹⁰⁶, cumula ainda as funções de docente e de desembargador

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 19, jun. 2008.

¹⁰⁴ Em relação a estes princípios sociais éticos, Humberto Theodoro Júnior vem dizer que eles são produzidos de acordo com a “*consciência mediana da sociedade*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 22, jun. 2008.). Não bastasse ele se reportar ao nascedouro deste princípio como sendo na sociedade, que é uma sociedade dos *civis* (se reportar o leitor ao item 4.2 desta pesquisa), ele ainda se refere à *consciência mediana*; algo completamente metafísico e excludente.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 33, p. 12, nov./dez., 2009b.

¹⁰⁶ Seu currículo *lattes* é tão extenso a ponto, inclusive, de possibilitar ao autor, recentemente, o seu ingresso no Doutorado em Direito Processual no programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sem submeter-se à prova, com o título do projeto de tese “*RELEITURA DO CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: Análise da formação e aplicação dos precedentes judiciais a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa*”.

no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Referido autor trabalha o **Processo** a partir de uma perspectiva também instrumentalista, encarando-o como um “*instrumento de realização de escopos do Estado*”, de “*realização da justiça*” bem como de “*realização da jurisdição*”¹⁰⁷. Ou, ainda, como “*instituto jurídico*” que se liga à jurisdição com o a finalidade de “*viabilizar o seu exercício adequado pelo Estado*”¹⁰⁸.

A instrumentalidade trabalhada por Alexandre Freitas Câmara em suas obras é tão flagrante que ele diz que a trilogia estrutural do direito processual - jurisdição, ação e processo - deve ter como último objeto de estudo o **Processo**, na medida em que este é simplesmente tido como o “*instrumento que permite ao Estado, provocado pelo exercício da ação, exercer jurisdição*”¹⁰⁹.

Acompanhando o entendimento exposto por Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Freitas Câmara afirma que o juiz é detentor de uma missão constitucional, qual seja, realizar a **justiça**¹¹⁰.

Portanto, inobstante o acervo de obras do autor, é perceptível que ele, além de trabalhar o **Processo** numa perspectiva instrumentalista, possui um discurso de alta carga **ética**, na medida em que fundado em termos carentes de sentido teórico, que se justificam por si sós.

3.5 Cândido Rangel Dinamarco

Referido autor, jurista de renome, não aborda expressamente o termo **ética**, mas referencia-se ao mesmo quando afirma que o julgador cria o direito a partir de suas experiências indutivas, obtendo sua escolha a favor de um ou outro argumento nas premissas histórico-culturais¹¹¹.

Cândido Rangel Dinamarco, um dos maiores representantes da escola instrumentalista de **Processo**, no Brasil, faz questão de sempre deixar em evidência

¹⁰⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.153, p.33, 34 e 38, nov. 2007.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1, p. 8.

¹⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1, p. 72.

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.153, p. 46, nov. 2007.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003a.p. 47-48.

a sua preocupação em ter, do **Processo**, “a visão instrumental que está no espírito do processualista moderno”, sendo indispensável que o intérprete “fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem”¹¹².

O autor, partindo dessas premissas, deixa claro que o **Processo** é sim o instrumento da jurisdição e, via de consequência, instrumento de trabalho do agente público juiz. Referido meio, para Cândido Rangel Dinamarco, deve ser o espelho dos **valores** individuais e coletivos da sociedade, razão pela qual o autor fazer referência constante aos “escopos sociais e políticos do processo”¹¹³.

Neste prisma, talvez sem o saber (não se pode afirmar), Cândido Rangel Dinamarco consigna a sua aderência aos discursos éticos, já que estes são gerados, gestados e nascidos de uma **sociedade civil**, sendo repassados às sociedades seguintes através da força da tradição. Entretanto, como será visto mais a frente nesta pesquisa, esta tradição é indemarcada e dominadora. E a **sociedade civil**, por sua vez, é excludente.

Inquestionavelmente, Cândido Rangel Dinamarco centraliza a jurisdição e periferiza o **Processo**. O que quer dizer, de outra forma, que o mencionado autor coloca a jurisdição no centro da teoria processual, relegando ao **Processo** a mera função de instrumentalizar a atividade estatal. Tanto que assim fica consignado expressamente em uma de suas obras, ao dizer que o **Processo**:

[...] não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. **Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)**. Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. E, por isso, **o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo. A ideia de procedimento é inseparável do conceito de processo**¹¹⁴. (Destaque nosso)

Além disso, o referendado jurista afirma que o **interesse público**, o **bem comum** da sociedade e a **paz social** é que “prepondera na justificação da própria

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003a. p. 25.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002b. p. 302. v.1.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.95.

*existência da norma processual*¹¹⁵, a ponto, inclusive, de entender que referidos fins desta instrumentalidade é esperada pela sociedade.

Cândido Rangel Dinamarco, inclusive, aponta uma pesquisa na qual 73,7% dos entrevistados dizem querer um juiz que seja sensível aos problemas sociais e que seja capaz de oferecer às partes um **Processo** justo. A este ser magnânimo que se quer, Dinamarco confere-lhe o nome de **juiz-cidadão**. Inclusive, o autor expõe que:

Tal é a imagem do **juiz-cidadão**, que não só leva para o processo os **valores captados na vivência social**, como ainda conduz a própria lei do processo segundo as lições hauridas da experiência concreta dos conflitos que é chamado a dirimir¹¹⁶. (Destaque nosso)

Não bastassem todas as conclusões retiradas da doutrina de Cândido Rangel Dianamarco acima aventadas, tem-se ainda o fato de este autor ser adepto e defensor da doutrina que confere ao juiz o papel de sociólogo. Isso ocorre quando Cândido Rangel Dianamarco diz que o juiz não pode ser indiferente às suas convicções sócio-políticas, já que elas refletirão as aspirações da própria sociedade. Se vier a ser indiferente, o juiz torna-se injusto.

Por fim, mas não menos importante, Cândido Rangel Dianamarco entende que o direito processual deve servir como meio para se por fim à por ele chamada *“cegueira ética”*¹¹⁷. Assim, como meio, o **Processo** deve atender às exigências sociais e políticas, como condição para se tornar útil socialmente e efetivo.

Portanto, os **estudos** de Cândido Rangel Dinamarco encontram-se embebidos de conteúdos éticos e alicerçados, por isso, em uma **sociedade civil pressuposta**. Assim, essa pesquisa espera, ao menos, despertar o leitor para estes pontos adormecidos.

3.6 Luiz Flávio Gomes

Com experiência na docência e na magistratura, Luiz Flávio Gomes é adepto

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.92-93.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil moderno**, vol. II, 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 753-754, v.2.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.276.

à ideia de dever ser o magistrado politizado e engajado eticamente¹¹⁸.

Além disso, entende o autor que é o juiz o responsável por assegurar o direito, bem como limitá-lo, de maneira a tornar eficaz aquilo que ele denomina de Estado Constitucional de Direito¹¹⁹.

A partir da perspectiva trabalhada pelo referendado autor, é possível de seus escritos concluir que deve ser atribuída ao juiz toda a capacidade para concretização e efetivação de direito previamente positivados. Inclusive, pode o juiz “*dar polimento*”¹²⁰ à norma para melhor adequá-la a cada caso concreto.

Veja-se, a partir do exposto por Luiz Flávio Gomes, que ele sequer menciona a participação das partes nesta tarefa de concretização dos direitos, delegando somente ao magistrado o papel de protagonista no cenário judicial.

Inegavelmente, Luiz Flávio Gomes entende que o juiz definitivamente não deve ter uma neutralidade **ética**, diante do fato de ser a **justiça** um valor que norteia as suas decisões.

Portanto, para Luiz Flávio Gomes é a partir de uma atuação **ética** que o juiz deixa de ser mera **boca da lei**, passando a ser transformador político; fato que, para ele, é louvável dentro de um Estado de Direito Democrático, que tem o ser humano como cerne do seu ordenamento¹²¹.

Assim, o que se verifica do texto do mencionado jurista é uma crítica ao juiz enquanto mero aplicador da lei. Como solução ao problema, Luiz Flávio Gomes apresenta a solução (que, na perspectiva desta pesquisa, se transforma em um problema ainda maior), qual seja, dever o juiz, ao analisar um caso, valer-se da lei, mas também e, sobretudo, dos valores éticos que o conduzirão à efetivação da **justiça**.

3.7 Carlos Maximiliano

Carlos Maximiliano, além de jurista de renome, foi um político atuante, nas primeiras décadas do século vinte.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 116-117.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 121.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 159-162.

Talvez pelo seu espírito político, Carlos Maximiliano, ao abordar as atribuições do juiz moderno, afirmou que estas deveriam ser amplas, transpondo sua atividade meramente intelectual e abstrata. Assim, o autor e ex-político entendia que o decisor deveria exercer uma atividade que tivesse “*cunho prático e humano*”, revelando “*bons sentiments*” a partir do seu conhecimento em relação às duras realidades da vida¹²².

A partir dos escritos de Carlos Maximiliano é possível inferir que o magistrado deveria desempenhar duas funções, a saber: a de juiz, propriamente; e a de um sociólogo em ação, chamado por ele de “*um moralista em exercício*”¹²³, na medida em que, além de aplicar as normas, deveria prevenir eventuais transgressões e punir aquelas que tiverem ocorrido, além de ser **justo** e contribuir para o **bem comum**.

É comum, no direito, a utilização da expressão **homem médio**, quando se quer fazer referência a padrões comportamentais. Assim, **homem médio**, que se trata de uma abstração jurídica, é aquele ser ideal, que serve de medida para o comportamento das demais pessoas, ou seja, a partir dele são criados padrões de conduta imaginários. Talvez se apropriando de referida terminologia, Carlos Maximiliano vale-se da expressão “*senso ético médio do povo em geral*”¹²⁴, para dizer que a **ética**, sendo ela indispensável para a evolução jurídica, deve ser a balizadora das decisões judiciais. Através deste senso ético é que o **bem comum**, para Carlos Maximiliano, poderia ser efetivado. Veja-se que o autor, em uma única expressão - “*senso ético médio do povo em geral*”-, conseguiu aglutinar, no mínimo, três palavras indemarcadas cientificamente, quais sejam: ético, médio, geral. Assim, o autor foi redundante (não se sabe se intencionalmente ou não) na tentativa de fazer-se claro quando, na realidade, conseguiu foi ampliar a sua zona de obscuridade.

Isto posto, por certo que Carlos Maximiliano encontra-se na lista dos infundáveis autores que produzem um discurso jurídico marcado pela **ética**.

3.8 Barbosa Moreira

¹²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

¹²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

¹²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

Não se diferenciando dos demais autores, Barbosa Moreira também encontra no **Processo** um instrumento da jurisdição, através do qual os conflitos de interesses são dirimidos e o direito material, por seu turno, realizado.

Tanto assim é verdade que o autor entende que um **Processo** será efetivo quando

[...] **veicular as aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça.** [...] merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais¹²⁵. (Destaque nosso)

Neste sentido, é possível afirmar que Barbosa Moreira é um defensor da técnica a serviço de um **Processo** (procedimento) socialmente efetivo.

Quando ele defende a técnica como condição para obter-se um **Processo** que gere efeitos sociais, ele parte do pressuposto de que se faz necessário maior simplicidade e informalidade no âmbito judiciário para que as desigualdades econômicas e diferenças culturais entre os litigantes possam ser, se não erradicadas do ponto de vista processual, pelo menos possam ser minimizados, a ponto de “*aproximar o cidadão à Justiça*”¹²⁶. Para tanto, o autor parte do entendimento que o juiz deve ter a consciência de que sua tarefa judicante gera impactos sociais, com os quais ele deve sempre estar comprometido.

Fato é que Barbosa Moreira, ainda que de maneira bem mais contida, defende, ainda que indiretamente, a intervenção estatal como forma de **promoção social**.

Assim, o **Processo** permanece sendo um instrumento da jurisdição, cujo objetivo é realizar o direito material e efetivar valores sociais.

3.9 A ética nas motivações dos tribunais brasileiros

Inegavelmente, a fundamentação ou motivação das decisões judiciais constitui requisito da jurisdição. Tanto que o art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil consigna expressamente acerca de tal obrigatoriedade.

¹²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 5-6, maio./jun. 2001.

¹²⁶ SOUZA, Joaquim Adelson Cabral de. **O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira**. 2009 162f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 59.

Por isso, ao se proceder à finalização desta temática proposta no presente capítulo, não se poderia deixar de aqui expor alguns discursos éticos lançados pelos tribunais brasileiros quando das suas decisões, como se os mesmos, por si próprios, pudessem se autoexplicar.

E, além disso, percebe-se da análise dos julgados proferidos pelos tribunais que o **Processo** ainda é reiteradamente visto dentro de uma perspectiva totalmente instrumentalista, destoando completamente da perspectiva da **processualidade** verdadeiramente **democrática**.

Iniciando pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não raras vezes são encontrados julgados onde os seus julgadores, além de conferir uma perspectiva totalmente instrumental ao **Processo**, ainda afirmam sê-lo um instrumento técnico e um instrumento ético a serviço da sociedade e do Estado. Ou seja, aporias e mais aporias são lançadas nos julgados, sem a menor preocupação científica. E mais. Delegam a este **Processo** ético a tarefa de **remodelador** do contexto social e de retorno e efetivação de valores morais. Assim, a disparidade social, a fome, a violência, o desemprego, enfim, todos os problemas e mazelas sociais, a partir desta linha, poderiam ser resolvidos pelo **Processo**.

A título exemplificativo, foram tomados como base dois julgados proferidos pelo Tribunal mineiro, publicados, respectivamente, em vinte e quatro de abril de dois mil e sete e dez de maio de dois mil e treze.

No primeiro caso, cuida de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, em uma ação de alimentos, que julgou extinto o **Processo** sem julgamento do mérito, ao argumento de nomeação equivocada de ações e não propositura de ação principal no prazo definido em lei.

Em decisão proferida pelo 5ª Câmara Cível¹²⁷, a relatora, Desembargadora Maria Elza, expôs em seu voto, ao se reportar aos nomes dados às ações, que há no meio jurídico um acentuado apego à forma e ao **Processo**, sendo que, para ela, o fim do Direito jamais se exaure no **Processo**. É perceptível, logo de início, que a relatora confunde grosseiramente forma; procedimento com **Processo**.

Além de flagrante equívoco, a relatora afirmou que o **Processo** não possui apenas escopo jurídico, mas social, político e econômico, sendo que o agente

¹²⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0071.05.023805-5/002. Re. Des.(a) Maria Elza. Julgamento: 29 mar. 2007.

público juiz deve ser mais sensível e humano, além de possuir candura e empatia.

Ao finalizar seu voto, a relatora assim afirmou que *“por reconhecer que o juiz tem um compromisso ético com a vida, o justo e com a dignidade da pessoa humana e que o processo é um meio de efetivação desses valores maiores... dou provimento ao recurso”*¹²⁸.

Em relação ao segundo caso¹²⁹, cuja decisão se tornou pública há menos de um ano, o relator da 14ª Câmara Civil, Desembargador Rogério Medeiros, ao julgar Agravo de Instrumento de decisão interlocutória que determinou o recorrente a desocupar imóvel em curto prazo, nos autos de uma ação reivindicatória, aderiu também aos fins éticos do **Processo** para dar provimento ao recurso.

O relator aduziu que o **Processo** não é apenas instrumento técnico; é instrumento, sobretudo, ético¹³⁰. Além disso, consignou que ele – o **Processo** - é posto para a pacificação geral da sociedade e a atuação do direito, devendo se revestir de uma dignidade que corresponda a seus fins.

Assim, igualmente ao primeiro caso narrado, o julgador vale-se de discursos metafísicos para resolver conflitos de interesses, além de confundir, flagrantemente, procedimento e **Processo**.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, trabalha a **ética** a partir de uma perspectiva ainda mais metafísica.

Para justificar a razão de ser da referida afirmação, foi tomado como exemplo o julgamento de um Agravo de Instrumento¹³¹ interposto nos autos de ação de rescisão contratual cumulada com indenizatória, no curso da qual foi formulado acordo entre as partes, devidamente homologado em Juízo. Porém, diante do descumprimento da transação, iniciou-se a fase de cumprimento de sentença. Depois de inúmeras tentativas infrutíferas de satisfação do crédito, houve desconsideração da personalidade jurídica, e o Agravo supracitado apresentou-se

¹²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0071.05.023805-5/002. Re. Des.(a) Maria Elza. Julgamento: 29 mar. 2007.

¹²⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0024.12.248205-2/001. Julgamento: 02 maio. Rel. Rogério Medeiros. 2013. Publicação: 10 maio 2013.

¹³⁰ No mesmo sentido, tem-se a decisão de Embargos Declaratórios, onde o relator consta que *“a finalidade precípua da instrumentalidade é fazer do processo instrumento do direito substancial público e privado, sendo necessária a conscientização de que o processo não é apenas um instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um poderoso instrumento ético a serviço da sociedade e do Estado. Cabe, pois, ao julgador, visando a desformalização dos atos processuais, aproveitá-los tanto quanto possível”* (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1.0384.08.071005-4/002, 12ª Câmara Cível, Rel. Domingos Coelho, Publicação: 23 abr. 2012).

¹³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2059369-37.2013.8.26.0000, 25ª Câmara da Seção de Direito Privado. Rel.: Hugo Crepaldi, Publicação: 01 fev.2014.

como meio hábil diante da decisão interlocutória do juízo *a quo* que indeferiu o pedido de reconhecimento de fraude à execução.

Ocorre que em seu voto, o relator do caso, para conferir parcial provimento ao recurso, valeu-se, além de argumentos legais e doutrinários, também de argumentos metafísicos, como a denominada por ele de **boa-fé ética**. Esta seria, de acordo com o voto,

[...] aquela que só existe quando tomados os cuidados que se espera de um homem médio para evitar o estado de ignorância. Assim, **mais do que a simples crença de estar agindo conforme o ordenamento jurídico (boa-fé psicológica), a configuração da boa-fé ética é aquela que só persiste se fundada em erros escusáveis**¹³². (Destaque nosso)

Portanto, o relator Hugo Crepaldi parece dizer que a tal **boa-fé ética** pressupõe um ato de ignorância, passível de ser desculpado por aquele que teve seu direito lesado. Tanto que mais a frente no seu voto assim consigna:

Prestigia-se a boa-fé ética porque aquela psicológica é intangível ao Direito, sendo necessário analisar a existência da boa-fé pelos elementos objetivos que indicam sua existência, o que, tratando-se da boa-fé ética, pode ser apreendido pela identificação dos cuidados necessários a evitar o estado de ignorância¹³³.

Assim, se **boa-fé**, por si só, já se trata de termo totalmente vago, mais vazio de sentido, por certo, é a expressão **boa-fé ética**, na medida em que se trata da junção de dois termos sem conceito científico, possuindo qualquer mínimo significado tão somente a partir das experiências de mundo, dentro de uma tradição.

Outro julgado recente do tribunal paulista refere-se ao julgamento de Embargos Infringentes interpostos de uma sentença que concedeu à esposa do falecido marido a reintegração de posse de imóvel, em desfavor da companheira-amante deste¹³⁴. Mesmo tendo a companheira-amante comprovado que viveu em união estável com o falecido, tendo, inclusive, contribuído para aquisição, manutenção e administração da vida familiar, a ação foi julgada procedente. Ao apreciar os Embargos, o relator, confirmando que restou provada a participação da

¹³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2059369-37.2013.8.26.0000, 25ª Câmara da Seção de Direito Privado. Rel.: Hugo Crepaldi, Publicação: 01 fev.2014.

¹³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2059369-37.2013.8.26.0000, 25ª Câmara da Seção de Direito Privado. Rel.: Hugo Crepaldi, Publicação: 01 fev.2014.

¹³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 0139758-73.2009.8.26.0100, 23ª Câmara da Seção de Direito Privado, Rel. J. B. Franco de Godoi. Publicação: 14 dez. 2013.

companheira-amante na aquisição do bem, passou a analisar a sua boa-fé, assim arguindo:

A dignidade da pessoa humana, **o princípio da eticidade, lealdade, afetividade, igualdade e outros valores** presentes na vida afetiva **devem ser observados**, mesmo que o julgador esteja diante do concubinato. Reintegrar a posse no presente caso, implicaria em violar, além do instituto da composesse, os valores indicados acima, deixando a embargante desamparada, sem qualquer tutela jurídica em relação ao imóvel mesmo após ter agido de boa-fé e contribuído para a vida em comum do casal por trinta anos. Destarte, de rigor a improcedência da ação¹³⁵. (Destaque nosso)

Veja-se que para fundamentar o julgado, o relator valeu-se de **princípios da eticidade, lealdade**, afetividade, igualdade e outros, que para ele representam **valores** presentes na vida afetiva, que devem ser observados no caso concreto. Referidos **valores**, entretanto, não fizeram parte do discurso processualizado, mas vieram do **senso comum**, da prática reiterada dentro de uma sociedade (pressuposta), passando a serem tidos como verdades sólidas.

Diante dos exemplos acima expostos, é possível afirmar que a fundamentação ou motivação das decisões judiciais, que constitui em um dos princípios diretivos da função jurisdicional - juntamente com a eficiência e a vinculação ao Estado de Direito Democrático - verdadeiramente não foi observada. Isso porque a utilização de argumentos sem significado teórico, construídos no espaço nu da tradição, definitivamente não alcançam o seu desiderato, qual seja, propiciar a fiscalidade popular das decisões judiciais, possibilitar o recurso, evitar arbitrariedades e se tornar campo fértil para o contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentir, vale-se da **ética** como critério para fundamentar suas decisões.

Em interessante julgado proferido pela Segunda Turma deste órgão de superposição, oportunidade em que a relatoria competiu ao Ministro Herman Benjamin, a **ética** é abordada de maneira ainda mais mística¹³⁶.

O caso tratou-se, originariamente, de uma Ação Civil Pública ambiental, movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face dos proprietários de casas de veraneio construídas em área de preservação permanente. Nesta ação, foi requerida, dentre outras coisas, a desocupação da

¹³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 0139758-73.2009.8.26.0100, 23ª Câmara da Seção de Direito Privado, Rel. J. B. Franco de Godoi. Publicação: 14 dez. 2013.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1245149 / MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eleitoral**, Brasília, 13 jun. 2013.

referida área de preservação permanente, a demolição das construções, bem como o reflorestamento da região afetada. O juízo *a quo* julgou parcialmente os pedidos, vindo a ser a sentença reformada pelo Tribunal de Justiça, com decretação de improcedência do pedido. Decisão que deu origem ao Recurso Especial apreciado pelo órgão em comento.

Em sua fundamentação, o relator assim se refere à área de preservação permanente:

Primigênio e mais categórico instrumento de expressão e densificação da "efetividade" do "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", a Área de Preservação Permanente ciliar (= APP ripária, ripícola ou ribeirinha), pelo seu **prestígio ético** e indubitável mérito ecológico, corporifica verdadeira trincheira inicial e última - a bandeira mais reluzente, por assim dizer - do comando maior de "preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais", prescrito no art. 225, caput e § 1º, I, da Constituição Federal. (Destaque nosso)

Se a **ética** sozinha já representa um termo sem sentido teórico, a expressão **prestígio ético** consegue tornar ainda mais densa esta ausência de cientificidade. A expressão utilizada por certo que se encontra à margem de qualquer pretensão discursiva processual, quanto mais de qualquer discurso processual democrático.

O relator prossegue seu voto discorrendo acerca da importância que as áreas de preservação permanente possuem para o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, o seu voto retorna à metafísica quando o relator argui ser compreensível que, "*com base nessa **ratio ético-ambiental***" o legislador confira às áreas de preservação permanente proteção quase absoluta. Essa **razão ético-ambiental** é lançada em seu voto sem que as suas bases conceituais sejam apresentadas, muito menos construídas pelos participantes.

Noutra situação, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Agravo Regimental em Recurso Especial¹³⁷, cuja matéria principal cuida de Embargos de Terceiro em Execução, o julgador motiva sua decisão argumentando que todo ato abusivo deve ser reprimido - o que não deixa de ser uma verdade no direito. Entretanto, a justificativa desta afirmação transcende, em muito, os fatos e fundamentos jurídicos do caso apreciado. O relator argumenta, *in verbis*, que "*o processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania*".

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1245149 / MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eleitoral**, Brasília, 13 jun. 2013.

Além disso, o julgador vale-se de uma fundamentação legal, reportando-se ao Código de **Processo** Civil, em seu artigo 14, inciso II, que impõe aos litigantes um comportamento regido pela **lealdade** e pela **boa-fé**, o que, para o relator, “*se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade*”. **Lealdade** é inegavelmente um princípio, inclusive inserido no texto legal, mas com uma carga **ética** enorme, já que, tal como esta, cuida de um termo com ausência de sentido, com um vazio autoral e que adquire receptividade a partir da prática cotidiana, solidificando-se com a tradição. E, com bases nestes fundamentos, o recurso é provido.

Portanto, é uma constante a utilização de conceitos éticos - e, conseqüentemente, metafísicos - pelos tribunais brasileiros para fundamentarem suas decisões. Entretanto, valendo-se destas terminologias vazias de sentido, sem aporte teórico algum e, principalmente, sem a participação efetiva das partes, o que se tem como fundamentação é, na realidade, ausência de fundamentos.

É por conta de práticas como estas, além de inúmeros outros equívocos cometidos pelas autoridades do direito que esta pesquisa se propõe a, pelo menos, ofertar uma análise crítica da situação processual hodierna, que se diz democrática.

3.1 Paradigma do Estado Social como autoridade

Invariavelmente, todos os nomes acima mencionados trabalham a processualidade jurídica e, via de consequência, o **Processo**, numa perspectiva não de Estado de Direito Democrático, mas de Estado Social. Talvez não saibam disso ou, ainda que saibam, preferem guardar em segredo esta informação.

Pode-se dizer que a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) representou o marco divisório do Estado Liberal (abstencionista, com a ideia do *laissez-faire*, *laissez-passez*) para o Estado Social, também conhecido como *Welfare State*¹³⁸.

Este último Estado é basicamente caracterizado pelo caráter paternalista e social-intervencionista do Estado que, embora intervindo diretamente nos serviços públicos, ao discurso de promover o **bem comum**, acabava por “*criar meios*

¹³⁸ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.p. 69.

*compensatórios para ter o controle de massas*¹³⁹. Assim, em nome de um mítico e/ou místico e indefinido **interesse público** abria-se maior discricionariedade à autoridade e propiciava-se o surgimento de governos autoritários que, baseados em ideologias, excluíaam o povo do processo decisório.

Em relação à jurisdição, como bem afirmado por André Del Negri, neste novo paradigma jurídico-constitucional de Estado Social “*o juiz era o guardião do Direito e o Judiciário passou a assumir um papel central*”¹⁴⁰, qual seja, garantir as **finalidades sociais** e o **bem estar** da sociedade. O problema é que neste Estado Social, o julgador era totalmente livre para interpretar e criar o direito, sendo que a legitimidade das suas decisões respaldava-se na força da tradição, nos valores éticos compartilhados. E mais. Neste contexto, definitivamente não existia sequer a sombra de um espaço processualizado de tomada de decisões, sendo que competia ao próprio Estado decidir o que era melhor aos seus jurisdicionados, numa perspectiva totalmente paternalista. E, em assim ocorrendo, por certo que neste cenário não havia que se falar em fiscalidade popular.

Não bastasse isso, o Estado Social parte da premissa de que o direito da maioria e os **valores** da sociedade devem ser respeitados. Entretanto, a inclusão pela maioria acaba por ocasionar o grave problema da exclusão da minoria, além, é claro, de poder levar a um totalitarismo extremado. Além do mais, **respeitar** valores de uma sociedade que é pressuposta e excludente não gera outra coisa senão mais exclusão.

Neste sentido, dizer que democracia é a vontade da maioria é algo tão indemarcado e excludente quanto dizer que o **Processo** é o instrumento de **pacificação social** e efetivação do **bem comum**. Portanto, é de se concordar com o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz quando ele salienta que o Estado Social “*ignora ou abafa a existência do outro como legítimo interlocutor do processo democrático*”¹⁴¹, além de relegar ao povo o papel meramente passivo de espectador, que aguarda os bons feitos do Estado.

Desde a década de 1970 o Estado Social começou a entrar em crise,

¹³⁹ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 35.

¹⁴⁰ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 35.

¹⁴¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115.

passando-se a ser delineada a busca de novos paradigmas¹⁴². Entretanto, embora hoje, em pleno século vinte e um, muitos possam afirmar, categoricamente, que o Estado de Direito Democrático é o paradigma da vez, talvez não saibam ou, ainda que saibam, preferem esconder outra realidade, qual seja, a de que se vive em uma época na qual há predominância do discurso paternalista com vistas a interesses escusos - característica típica do Estado Social.

Fato é que os discursos éticos - que sempre permeiam ou que sempre se encontram no centro dos discursos jurídicos - conferem às autoridades funções tanto judiciais quanto sociais, relegando aos interessados diretos (partes) e ao povo o mero papel de cliente ou de expectador da prestação jurisdicional.

Assim, embora possa ser dito aos destinatários desses discursos que eles estão no paradigma do Estado de Direito Democrático, na realidade esta é apenas uma maquiagem textual utilizada pelas autoridades para esconder o cenário real, qual seja, do Estado de Bem-Estar Social como autoridade, que trabalha em prol de interesses particulares ao falso discurso de preservação do **bem comum**.

O Estado não pode, por meio de seus representantes - juízes, desembargadores, ministros - pretender resolver, pelas vias judiciais, questões de ordem pública (desigualdade social, por exemplo).

Neste prisma, julgar em curto tempo muitos procedimentos judiciais (vulgarmente chamados de **Processos**) ao argumento de estar contribuindo para a **ética** e a democracia não poderia ser argumentos utilizados pelos tribunais brasileiros.

Fundamentar decisões com base na **ética, bons costumes, senso comum**, etc, também não é atributo dos nossos decisores, agentes públicos representantes do Estado.

Da mesma forma, não é de competência do Judiciário a promoção da **paz social** e do acesso à **justiça**.

Tudo isso não passa de meras expressões cheias de alta carga ideológica, que não passaram pelo crivo teórico, e que se transformam em máximas através das quais tudo pode ser justificado.

Por isso, concluindo este tópico esta pesquisa vale-se da acertada afirmação

¹⁴² NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008 217 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 93.

feita por Rosemiro Pereira Leal:

Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, **o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado**¹⁴³. (Destaque nosso)

Portanto, não compete ao Estado, na sua atividade jurisdicional, muito menos ao Estado-Juiz resolver os problemas sociais e promover a **paz social**. Tal tarefa transcende em muito a sua competência e não encontra legitimidade no Estado de Direito Democrático.

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2002, p. 69.

4 PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Uma vez trilhados os caminhos sombrios da **ética**, nos quais os **estudiosos** e aplicadores do direito não querem se aventurar - por mais que sobre ela todos apresentem verdadeira adoração -, importante agora percorrer os caminhos da **processualidade democrática**, também falada por muitos, entretanto e da mesma forma, sem que se saibam seu real significado, bem como dentro de qual contexto encontra-se inserida.

Verificou-se, anteriormente, que conceitos éticos são manifestados através dos atos de **linguagem**, bradados sem nenhuma perspectiva teórica - já que alicerçados na tradição - e, portanto, sem possibilidade de se oferecerem à crítica científica, uma vez que, para tanto, o conhecimento deve estar posto; escrito.

Em não se encontrando disponibilizado expressamente, como ocorre com a **ética**, qualquer pretensão conhecimento acerca do assunto não passará de pura ideologia, a partir da perspectiva **neoinstitucionalista**. Fato que poderá gerar como consequência, uma possível (in)validade deste conhecimento para o direito. E, em assim ocorrendo, poder-se-á conjecturar se os conceitos éticos manifestados pela **linguagem** possuem ou não cabimento e aplicação, no contexto da processualidade jurídica do Estado de Direito Democrático.

Para verificar referida e precoce assertiva, é preciso trabalhar, primeiramente, o paradigma do Estado de Direito Democrático, eleito ou instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.1 O Estado de Direito Democrático

4.1.1 Da releitura dos paradigmas precedentes

Estado de Direito Democrático, este é o paradigma eleito ou instituído¹⁴⁴.

Já de antemão, importante deixar claro que o termo **paradigma** deve ser lido e interpretado de maneira crítica, de modo a se afastar a ideia simplista de **modelo** ou **padrão** que acabam por deixar à margem os ganhos teóricos dos **paradigmas**

¹⁴⁴ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] (BRASIL, Constituição 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

anteriores. Assim, de notória qualidade científica o conceito do termo **paradigma**, apresentado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] paradigmas de Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional¹⁴⁵.

Em relação aos aludidos ganhos teóricos dos paradigmas precedentes, são estes necessários à dinâmica jurídica¹⁴⁶, na medida em que ofertam conceituação e grau de importância, tanto do Estado quanto dos direitos fundamentais, para o processo de integração social.

Dierle Nunes também é adepto à teoria de que os paradigmas precedentes não podem ser excluídos como se contribuição alguma tenham deixado ou trazido para o atual paradigma do Estado de Direito Democrático. Afirmando que *“na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social”*¹⁴⁷. Dos ensinamentos do professor mencionado, ainda, tem-se certo que deve ser feita uma releitura¹⁴⁸ dos **modelos** anteriores, sustentada numa visão democrática, objetivando-se evitar os problemas naqueles cometidos.

O grau de aproveitamento ou das contribuições que os paradigmas anteriores ofereceram e oferecem ao atual Estado de Direito Democrático é muito bem traduzido pelas lições de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contra culturais, que passa a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições

¹⁴⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 55.

¹⁴⁶ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 25.

¹⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático: In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p 360.

¹⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.p. 136.

entre o capitalismo e democracia -, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares -, cunha a expressão Estado Democrático de Direito¹⁴⁹.

Certo é, portanto, que as concepções dos paradigmas anteriores são de grande importância para o atual Estado de Direito Democrático. Não por repetições ou exclusões inquestionáveis, mas porque tais concepções, com a Constituição de 1988, suplicam revitalização.¹⁵⁰

Partindo desta assertiva, é possível reportar-se aos ensinamentos de Ronald Dworkin, em sua hipótese estética da literatura. Isto porque, da mesma forma que Ronald Dworkin entende que o Direito se assemelha a literatura¹⁵¹, na medida em que esteja pronto a reformular soluções que não se amoldam a determinado contexto, igualmente se pode conceber os paradigmas anteriores ao Estado de Direito Democrático. Como acima afirmado, é inegável que aqueles, direta ou indiretamente, contribuíram e contribuem para o atual contexto jurídico. Entretanto, eles (o Estado de Socialismo Real e o Estado de Bem-Estar Social) devem ser relidos, buscando extrair-lhes aquilo que de melhor oferecem¹⁵².

Assim, não foi a esmo que Karl Raimund Popper afirmou em sua obra **A lógica da pesquisa científica** que

não pode haver, em ciência, enunciado insuscetível de teste e, conseqüentemente, enunciado que não admita, em princípio, refutação pelo falseamento de algumas das conclusões que dele possam ser deduzidas¹⁵³. (Destaque nosso)

Rosemiro Pereira Leal, estudioso compulsivo e intérprete de Popper, entende por **paradigma** o *“devido processo concebido como marco teórico-crítico-normativo”*¹⁵⁴ que não seja fruto do historicismo ou da tradição, e que esteja permanentemente aberto à fiscalidade popular e incessante dos legitimados ao

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 132.

¹⁵⁰ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 72.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 217. Sobre o tema, ver capítulo 6 da obra referendada.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 221.

¹⁵³ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultrix, 2007, p. 49.

¹⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 205.

Processo.

Razão pela qual este trabalho afina-se com o brilhante e notório conceito de **paradigma** exposto por Andréa Alves de Almeida, em sua tese de doutoramento:

Paradigma na teoria neoinstitucionalista, que tem como marco epistemológico o racionalismo crítico popperiano, **é parada obrigatória na fala, mas para testificá-la por teorias a fim de gerar significado**¹⁵⁵.
(Destaque nosso)

Portanto, resta incontestado, nesta pesquisa, que os paradigmas precedentes ao Estado de Direito Democrático, em maior ou menor grau, de maneira direta ou indireta, contribuíram para o florescimento deste, eleito ou instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.1.2 Da conceituação do Estado de Direito Democrático

Uma vez tecida a observação necessária acerca do termo **paradigma** - enquanto erroneamente entendido simplesmente como **modelo, padrão, matriz** ou qualquer outra palavra sinônima -, este trabalho, por questões meramente didáticas, passará a utilizar referido termo, porém, no sentido crítico acima abordado.

Tecidas tais considerações, passa-se à conceituação da expressão Estado de Direito Democrático, no entendimento de expressivos e renomados juristas, doutrinadores e **estudiosos** do direito.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵⁶ apresentam, ainda que timidamente, a visão de Estado de Direito Democrático. Referidos autores partem do entendimento de que referido sistema jurídico-normativo é uma organização política, cujo poder emana no **povo**. Neste sistema, o exercício do poder político é conferido diretamente ou por representantes, eleitos pelo voto direto e secreto. Já na relação entre o poder e a pessoa constitucional (cidadão), é democrático aquele Estado que assegura direitos, tanto civis e políticos quanto sociais, econômicos e culturais.

¹⁵⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 153.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

André Del Negri apresenta uma definição de Estado de Direito Democrático que, embora sucinta em seu conteúdo literal, possui um enorme e real significado, qual seja, de “*projeto inacabado e em constante construção*”¹⁵⁷.

Outro renomado pesquisador, o também professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias¹⁵⁸, parte do entendimento de que o Estado de Direito Democrático é um macro-princípio, formado a partir da conexão entre outros dois princípios¹⁵⁹, o Estado de Direito e o Estado Democrático. Estes, de maneira equilibrada, buscam obter um Estado organizado, com poderes limitados, de maneira a se garantir a liberdade dos destinatários do poder político. Neste sentido, pode-se afirmar, inclusive, que o Estado se legitima na Constituição¹⁶⁰. Não fosse assim, certo é que haveria, conforme bem afirmado por André Del Negri, uma

[...] extrema arbitrariedade e também uma superioridade do Estado sobre o indivíduo, tomando características de um Estado hegeliano, o qual não obtém a soberania do Povo, mas de si próprio, que vê os cidadãos apenas como um componente de formação estatal¹⁶¹.

¹⁵⁷ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 67

¹⁵⁸ Sobre o tema, ver: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 48-65.

¹⁵⁹ O princípio, segundo Antônio Cota Marçal, “*é uma construção teórica integradora, na medida em que é o resultado de uma generalização, que reúne e organiza outros e anteriores conhecimentos e, como tal, permite compreender e explicitar a correlação entre conhecimentos e realidade conhecida. O princípio é, neste processo, também uma construção conceitual operativa, na medida em que os conhecimentos nele reunidos e expressos possibilitam progredir na produção de novos conhecimentos e também orientar a forma e o curso da ação humana voltada para fins*”. (MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34). Humberto Ávila, por sua vez, afirma que os princípios são “*normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização*”. E prossegue, negando que os princípios não podem ser tidos apenas como valores, na medida em que eles “*instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas*”, ou seja, estabelecem espécies precisas de comportamentos (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 136 e 141). De inegável importância e precisão é o conceito estabelecido por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem “*os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito, via de consequência, considerados normas jurídicas e, ao lado das regras, como idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico*”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 105).

¹⁶⁰ Simone Goyard-Fabre ensina que a Constituição deve ser tida como lei fundamental, na medida em que ela é, sem dúvidas, “*a garantia dos direitos e das liberdades*”. Além disso, a referida autora afirma que a Constituição “*é o estatuto matriarcal da institucionalização que, materialmente, estende-se a todos os campos da vida social*”. Daí, conclui que “*uma lei ou um enunciado de direito só são válidos se são congruentes com o dispositivo da Constituição, que ganha assim valor de lei fundamental*”. (GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berlemer, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 126).

¹⁶¹ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 36-37.

Por concordar com referida divisão é que, nesta pesquisa, é utilizada a expressão **Estado de Direito Democrático**, por ser entendida como mais apropriada.

Com sua poesia acadêmica peculiar, Lênio Luiz Streck afirma que “a profissão de fé dos juristas na democracia depende de um Estado Democrático de Direito”¹⁶².

Assevera, ainda, Humberto Theodoro Júnior, acerca do tema, que “o Estado Democrático de Direito não pode apenas garantir a tutela jurisdicional, mas tem de assegurar uma tutela qualificada pela fiel observância dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”¹⁶³.

O professor Rosemiro Pereira Leal, jurista de raro espírito científico, como bem definido pelo Professor Ronaldo Brêtas nos agradecimentos de sua obra **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**¹⁶⁴, conceitua Estado Democrático como sendo “instituição estabilizadora da preservação do espaço processual de recriação e revisibilidade permanente do ordenamento jurídico pela comunidade (povo)”¹⁶⁵. Ou, em outras palavras, Estado de Direito Democrático significa nada mais que Estado não dogmático.

Hermes Zanetti Júnior, por sua vez, parece entender de forma contrária, ao afirmar em sua obra, expressamente, que “o Estado Democrático de Direito, também chamado agora Estado Constitucional Democrático **sobressai da evolução histórica do Estado Social, que agregou o elemento participativo**”¹⁶⁶. Com o devido respeito acadêmico ao autor, mas a conceituação por ele exposta conduz o leitor, erroneamente, a concluir que o Estado de Direito Democrático, além de ser algo pronto e acabado - o que definitivamente não o é -, surgiu por osmose do Estado Social, e não como fruto de um processo contínuo de construção. Além disso,

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. . In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 05.

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a. p. 259.

¹⁶⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. v.

¹⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense: 2011, p. 237.

¹⁶⁶ ZANETTI JÚNIOR, Nungesses. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 113. Os grifos não se encontram no original, tendo sido por nós utilizados, no intuito de se enfatizar – a nosso sentir – o erro científico do autor.

entende o autor, de maneira completamente simplista, que o Estado de Direito Democrático seria tão somente um Estado Social diferenciado pelo elemento participativo; elemento este que, a partir da conceituação estabelecida pelo citado autor, parece surgir, igualmente, por osmose, de um paradigma anterior. Assim, entende-se que o conceito de Estado de Direito Democrático apresentado por Hermes Zanetti Júnior, além de colocar à margem as contribuições dos Estados precedentes, por certo que destoa, sobremaneira, do sistema jurídico-normativo contemporâneo, eleito pela Constituição Brasileira de 1988.

Neste sentido, Estado de Direito Democrático não é modelo ou matriz disciplinar, mas antes, um grande princípio reluzente, fruto da articulação dos princípios do Estado Democrático e Estado de Direito¹⁶⁷, em torno do qual giram os demais princípios, uma vez que se busca, através deste Estado, assegurar o exercício pleno de direitos fundamentais e individuais, como conquistas teóricas de uma sociedade pluralista.

A partir desta perspectiva, forçoso concluir que o Estado de Direito Democrático, paradigma regente de toda prática jurídica, norteia - ou ao menos deve nortear - a estruturação de todo o sistema jurídico. Devendo este norte ser observado em todas as fases de estruturação do sistema, mesmo porque o princípio da supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis¹⁶⁸ exigem tal observância.

4.2 Processo: linguagem específica de construção do direito a partir da teoria neoinstitucionalista do Processo

A **linguagem** natural, nascedouro da **ética**, possui uma carga enorme de obscurantismo. Obscurantismo este que é necessário para a manutenção da dominação e consecução de interesses particulares ou pertencentes a um reduzido número de pessoas. Nesta **linguagem** natural, advinda do mundo da vida, a estabilização de sentidos ocorre a partir do seu uso interpretativo, ou seja, através

¹⁶⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do Processo Constitucional. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 121-130.

¹⁶⁸ Os dois princípios citados foram brilhante e oportunamente lembrados por Dhenis Cruz Madeira. Neste sentido, ver: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 35.

de uma prática, transmitida ao longo dos tempos, gerando integração social numa **sociedade pressuposta**.

Nesta perspectiva, estar-se-á diante de um termo – **ética** – que jamais foi sequer visitado, muito menos, visitado teoricamente, não obstante seja, a todo o momento, referendado em vários campos, principalmente na esfera do direito. Assim, fala-se sem saber o que é falado.

Elucidativa aqui as palavras da psicanalista Maria Rita Kehl:

O sujeito não está apenas desamparado no mundo, como ser da linguagem, mas desamparado na própria linguagem. Precisa tomar cuidado com o que diz,” já que “[...] sabe que **nada funda a verdade da linguagem além de seu uso** ¹⁶⁹. (Destaque nosso)

Percebe-se, assim, que a força da **linguagem** nua, indemarcada - já que derivada do **senso comum**, dos costumes -, é suficiente, ainda hoje, para justificar qualquer discurso ético no direito.

Entretanto, Popper já havia percebido que os dogmas, o **senso comum** e o senso comum do conhecimento cuidavam tão somente de fetiches¹⁷⁰ que entravavam o crescimento do conhecimento. E a perspicácia do autor foi tamanha que ele percebeu que, justamente a partir destes entraves, poderiam as mais arraigadas convicções serem problematizadas teoricamente, longe do espaço nu¹⁷¹.

No estudo do direito, o recinto de sua construção somente pode ocorrer por uma **linguagem** específica, que é o **Processo**, sendo este o paradigma meta-linguístico¹⁷² a ser adotado no Estado de Direito Democrático, onde conceitos

¹⁶⁹ KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 67.

¹⁷⁰ O fetiche é uma terminologia que, a princípio como a *ética* é para muitos, conceitua-se por si própria. Ao proceder à leitura de um trabalho da, hoje, Doutora Andréa Alves de Almeida, foi possível perceber que ela - já nos idos de 2004, quando ainda era mestranda em Direito Processual – demonstrava uma preocupação ímpar com o sentido das palavras. E foi a partir dos estudos dela que a palavra fetiche me foi desmitificada, quando ela assim consignou em nota de rodapé: “[...] *fetiche é um objeto ao qual são atribuídas virtudes extraordinárias; fazer-se compreender por si mesmo*” (ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.) **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4. p. 82). Não é a esmo que a introdução por mim exposta nesta pesquisa assim consta: “[...] *o saber somente se renova com e pela pesquisa*”.

¹⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 19-26.

¹⁷² A metalinguagem pode ser entendida a partir do sucinto e certo conceito estabelecido por Andréa Alves de Almeida, como sendo “*linguagem autocrítica para avaliar a linguagem*” (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 143). Assim, a linguagem será desmitificada quando o seu texto seja avaliado argumentativamente por essa linguagem autocrítica, num espaço de concorrência proposicional. (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**.

metajurídicos - como **ética** - não serão impostos ou advindos de uma realidade histórica, mas serão problematizados constantemente e abertos processualmente a todos - que deverão se encontrar em uma atividade interpretativa de exercício igual para todos (isomenia), numa condição ideal de fala (espaço processualizado), com vistas a obter uma decisão compartilhada e legítima -, coibindo-se, desta feita, qualquer discurso retórico¹⁷³ com fins meramente dominatórios e de imposição de poder.

A **teoria neoinstitucionalista**, ao contrário do que se possa imaginar, não nega a **linguagem** natural como meio de expressão. Simplesmente, como dito anteriormente, não a concebe como “*morada (prisão)*”¹⁷⁴, uma vez que referida teoria busca afastar o conhecimento científico das crenças, da metafísica ou do **senso comum**, tão presentes na esfera do direito, ofertando “*a língua à crítica, a fim de não tyrannizar a linguagem.*”¹⁷⁵.

Tal fato, todavia, não foi percebido pelos **estudiosos** e aplicadores do direito. Assim, entender o **Processo** como referencial do Estado Democrático é medida que se impõe, tendo em vista ser ele a teoria

[...] linguístico-jurídica pela qual é firmado o pacto-sígnico (nível instituinte e constituinte), quanto a significados dos binômios estruturantes, não disjuntivos, de um mundo humano em bases fundantes e biunívocas de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, dignidade-isonomia, a balizarem a construção de uma sociedade jurídico-política (forma de vida humana) por uma comunidade de legitimados ao processo (povo) [...]¹⁷⁶.

Para que o **Processo** seja compreendido como referencial deste Estado

Curitiba: CRV, 2012, p. 173-182).

¹⁷³ Acerca desses discursos retóricos, advindos de lugares comuns (*topois*), recomendamos a leitura da tese de doutoramento de Dhenis Cruz Madeira, intitulada **Tópica e Processo**, bem como parte da tese de doutoramento de Andréa Alves de Almeida: **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 45-59. Para complementação de estudo, indicamos, ainda, a seguinte obra: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243-277. Nesta última obra, o autor deixa expressamente consignado que a tópica oferece apenas o *common sense*, o que significa tão somente a verdade da maioria ou dos mais sábios, (p. 260). Maioria esta que não é, definitivamente, a regra da democracia, tendo em vista que democracia, segundo lições de José Emílio Medauar Ommati, significa um projeto político comum, onde todas as pessoas são tratadas com igual consideração e respeito, já que parceiras deste mesmo projeto (OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 191).

¹⁷⁴ Remeter o leitor à nota de fim de página número 72.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de: **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 157.

¹⁷⁶ LEAL LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 41.

Democrático, importante abordá-lo e entendê-lo a partir da sua perspectiva mais avançada, trazida pela **teoria neoinstitucionalista do Processo**, que serve de marco teórico para este trabalho¹⁷⁷ e que, sem ela, impossível seria o desvelamento ou, ao menos, a tentativa de desvelamento de significados ocultos no direito, tais como a **ética**.

Todas as teorias do **Processo** precedentes¹⁷⁸ - não ignorando sua importância para o estágio evolutivo do **Processo** – têm-no como mero instrumento a ser utilizado pelo Estado (representado pelo agente público juiz), quando provocado pelo jurisdicionado, para resolver os conflitos de interesses. Noutros termos, o **Processo**, nas referidas teorias, era (e ainda é) um meio; um mecanismo de uma jurisdição constitucional. Dito de outra forma, o **Processo** é ainda tido pela grande maioria de **estudiosos** e aplicadores do direito como instrumento da jurisdição¹⁷⁹ quando, na verdade, deveriam entender que a jurisdição é que é regida pela principiologia do **Processo** – ao menos tomando como base a proposta **neoinstitucionalista**, que melhor se coaduna com a **processualidade democrática**.

Referida teoria elucida um espaço processual onde é permitido trabalhar conceitos não a partir da realidade; do contexto social ou da força da tradição, mas a partir de elaborações de conceitos; de significados pelo **Processo**, numa condição ideal de fala. Desta maneira, os significados estarão salvos da alta carga ideológica

¹⁷⁷ Dentre as várias teorias do Processo existentes, escolhemos aquela que entendemos como a melhor e mais resistente que disponibiliza a qualquer pessoa participar do discurso processual, apresentando argumentações, com a finalidade de estabilizar o sentido de uma linguagem; *in casu*, tentar estabilizar o sentido da *ética*. Sobre o assunto, ver **O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário** (LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do Poder Constituinte Originário. **Phrónesis: direito e sociedade**, Piumhi, v.1, n.2, p.195-208, jul. 2009).

¹⁷⁸ Sobre teorias do Processo, indica-se: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros Estudos. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 64-76; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Ed: Landy, 2002, p. 168-169; DEL NEGRI, André. **controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 89-108; SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

¹⁷⁹ Este entendimento – ter o Processo como instrumento da jurisdição – é tão absurdo e despropositado que alguns *estudos* chegam a afirmar que a concretização dos objetivos fundamentais da CR/88 (art. 3º) é *dever* do Poder Judiciário, durante o exercício da atividade jurisdicional. E este *dever* é cumprido através do instrumento chamado por ele de *Processo*; instrumento este que é posto à disposição do juiz. Neste sentido, ver: SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v. 96, n. 857, p.29-53, mar. 2007.

que os embasam.

Neste diapasão, a **teoria neoinstitucionalista do Processo**,

[...] além de ser uma teoria crítica, é uma teoria autocrítica, isto é, para ser refutada é necessário utilizar a própria teoria, valer-se do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, reservando para o outro a ocupação dos espaços de refutação¹⁸⁰.

Somente através da **teoria neoinstitucionalista** é que se tem a disponibilização da possibilidade de se construir um *medium* linguístico para qualquer conceito que, até então, era estabelecido simplesmente através da **linguagem** falada e de vivências mundanas - como é a **ética**.

A expressão *medium* (meio indispensável) linguístico, em Popper, refere-se às teorias testificadas e testificáveis. Referida expressão, segundo Rosemiro Pereira Leal¹⁸¹, é utilizável por escolha entre várias teorias formuladas para solução provisória do problema. Portanto, o *medium* linguístico não é uma síntese teórica vitoriosa, mas uma síntese provisória, já que comporta arguição - desde que também teórica - por igual liberdade para todos. Assim, inclusive, expôs expressamente Rosemiro Pereira Leal:

[...] sem um *medium* linguístico pré-escolhido entre “teorias” concorrentes, os “contextos” como concha acústica de saberes historicamente acumulados, não testificados ao longo de suas enunciações, repetiriam catástrofes advindas do inesclarecimento intercorrente de seus fundamentos¹⁸²

Referido *medium* é construído a partir de uma teoria formalizada, aberta e disponível à irrestrita fiscalidade popular (**povo** enquanto conjunto de legitimados ao **Processo**). E é o devido **Processo** o *medium* linguístico que, incessantemente, interroga a validade do direito. Por isso, conforme bem afirmado pela mestra Ana Flávia Sales, é que “a *Teoria Neoinstitucionalista acolhe um “devir a ser” permanentemente construído pelo processo, com base na regra suprema popperiana*”¹⁸³, uma vez que ela oferta a possibilidade da coparticipação processual,

¹⁸⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de: **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 153.

¹⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 186-187

¹⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista**. 2006a. p. 8.

¹⁸³ SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático: incursões tópicos-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo**. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia

inclusive na formação de conceitos que, até então, advinham da força da tradição.

A principiologia constitucional do **Processo** conduz toda a interpretação do direito, vinculando o intérprete. Com isso, a **teoria neoinstitucionalista** do **Processo** demarca e vincula o próprio discurso jurídico, apresentando-se como *medium* lingüístico da atividade jurídica.

Neste viés, o **Processo** é trabalhado como “*teoria includente e balizador da fala para todos*”¹⁸⁴, pondo fim a toda e qualquer ideia de **sociedade civil pressuposta**, salvaguardadora apenas de direitos de poucos (patrimonializados)¹⁸⁵, que se valem da tradição, dos usos e costumes, da prática mundana para balizar a criação e aplicação do direito. Mesmo porque, é nesse sentido que ensina Rosemiro Pereira Leal, criador e teorizador da **teoria neoinstitucionalista**:

[...] ao se falar numa hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito, **não há de ser por balizamentos metodológicos da tradição ou autoridade formados na filosofia do sujeito, porque a regência operacional da democracia não ocorre no plano solipsista do intérprete iluminado por uma inteligência genial, mas pela auto-ilustração teórica do princípio do discurso juridicamente (processualmente) institucionalizado e direcionado à concreção dos direitos à fundamentalidade constitucional democrática**¹⁸⁶. (Destaque nosso)

Reduzir tudo a **Processo** - como criticam acientificamente aqueles que se vão contra a **teoria neoinstitucionalista** - não é o objeto desta teoria. Mas antes, como bem afirmado por Andréa Alves de Almeida, “*é descolonizar a vida para que o homem possa construir sua própria condição humana*”¹⁸⁷, a partir do momento em que a língua é ofertada à crítica.

No direito democrático, todo o poder emana do **povo** e, justamente por isso, a garantia de fiscalização popular não pode ser suplantada sem prejuízo da **legitimidade democrática**; razão pela qual significados não podem ser estabelecidos e utilizados a partir de uma prática comunicativa que não assegura a participação plena dos interessados, em discursividade delimitada pela principiologia processual.

Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 127.

¹⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 43.

¹⁸⁵ Remeter o leitor à nota de fim de página de número 2.

¹⁸⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Ed: Landy, 2002, p.

32

¹⁸⁷ ALMEIDA, Andréa Alves de: **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 157.

Neste prisma, salutar trazer à baila a conclusão esposada por Andréa Alves de Almeida:

O processo como metalinguagem se vale da língua pensada e estruturada e de sua linguisticidade, para ser possível a construção do significado sem simplesmente repetir o referente ou seguir o mando do sujeito do enunciado.

[...]

A filosofia pragmático-linguística não possibilita uma metalinguagem no discurso jurídico democrático pois se utiliza da lembrança, do registro histórico cultural e social para refletir a linguagem comum e acaba numa circularidade. Nesse sentido, **o processo na concepção teórica neoinstitucionalista** afronta a filosofia, pois **por meio de uma reviravolta linguístico-processual** (e não linguístico-pragmático-transcendental) **aponta a forma de construir a linguagem**¹⁸⁸. (Destaque nosso)

Nesta esteira, valendo da exposição esboçada no texto do Professor Rosemiro Pereira Leal (**Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania**),

[...] **processo e democracia estabelecem uma relacionalidade que torna possível uma LINGUAGEM processualizada (sentido neoinstitucionalista)** supletiva das significâncias na construção decisória da existência, incidência, supressão ou confirmação da normatividade democrática por um controle de constitucionalidade (fiscalidade plenária) incessante e aberto a qualquer do povo, sem quaisquer ônus, como instituto de auto-inclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos DIREITOS FUNDAMENTAIS também processualmente criados¹⁸⁹. (Destaque nosso)

A par disso, correto afirmar que a **teoria neoinstitucionalista do Processo** apresenta-se como a melhor que orienta o exercício popular de poder assegurado pela Constituição Brasileira de 1988, garantindo o exercício e a confirmação dos direitos fundamentais.

Todo o poder emana do **povo** e a esse, como única fonte do poder, deve ser assegurada a possibilidade de fiscalizar a atividade dos agentes público-governativos, propiciando, outrossim, a oportunidade de criar, modificar e revogar o direito, via procedimental, sob a regência da Teoria do **Processo**, garantindo-se, com isso, a legitimidade normativa. Somente neste viés é que o DESTINATÁRIO passa a ser, também, INTÉRPRETE E OPERADOR do direito - contrariando

¹⁸⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de: **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 182.

¹⁸⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania**. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 1, jul. 2005b, p. 13.

“*linguagens pré-unificantes*”¹⁹⁰-, e não mero recebedor de práticas sociais que se tornaram verdades inquestionáveis.

4.3 (In)existência de uma sociedade pressuposta como condição de efetivação do Estado de Direito Democrático

Na **teoria neoinstitucionalista**, o discurso da processualidade é fundante do projeto de sociedade a ser construída - portanto, não pressuposta - na dinâmica da normatividade constitucionalizada¹⁹¹.

Neste viés, a criação de uma democracia na pós-modernidade é fundamental. Isto porque a pós-modernidade, de acordo com as pesquisas de Rosemiro Pereira Leal, deve ser compreendida a partir da ruptura das crenças, certezas e verdades inquestionáveis que, ainda hoje, regem o pensar e a conduta humana.

Assim, quando se fala em criação de uma democracia, pretende-se dizer que de nada adianta a permanência arraigada em meras discussões acerca de qual democracia está a falar - já que invariavelmente a violência da imposição permanecerá. Da mesma forma, de nada adianta reportar ao preâmbulo da Constituição de 1988, e verificar que nele, expressamente, consta a democracia como sua base fundante.

Necessário é transcender este discurso e começar a construir uma democracia que se alicerce em uma **sociedade não civil**, onde todos, no espaço normativo processualizado, possam participar da construção e efetivação dos seus direitos, através da instituição jurídica constitucionalizada, agregada de princípios, à qual se denomina **Processo**.

Portanto, a democracia aqui abordada deve se desgarrar de conceitos como decisão da maioria, protestos, manifestações, uma vez que, conforme palavras de Gabriel de Deus Maciel,

As praças públicas, o meio da rua ou mesmo a televisão, o rádio e outros meio de comunicação de massa, em geral, não são espaços adequados para a incidência de direitos que garantam uma situação paritária entre os envolvidos, de modo que cada um possa oferecer seus argumentos e suas

¹⁹⁰ Terminologia utilizada por Rosemiro Pereira Leal em: Direitos fundamentais do Processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v 9, n 17, p. 98, 1º sem. 2006b).

¹⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 39.

críticas aos argumentos dos outros e também possa ouvir as críticas e os argumentos dos outros e avaliá-los. **Não se trata, pois, de um espaço físico, mas de um espaço linguístico que possa ser demarcado juridicamente**¹⁹². (Destaque nosso)

Neste sentido, partindo do entendimento em que **Processo**, em última análise, é o criador e regente do próprio direito, e não mero instrumento de realização do direito¹⁹³, é possível entender a razão pela qual as correntes teóricas de baixa aderência democrática são enfáticas em considerarem o **Processo** como instrumento da jurisdição. Afinal, referidas correntes deixam claro que este meio instrumental é pertencente tão somente aos civis, ou seja, àqueles patrimonializados, que intentam, sempre, domesticar os cidadãos - o não civil ou, simplesmente, o habitante da cidade - como forma de fortalecer e resguardar seus interesses particulares ou pertencentes a uma seleta minoria.

Nesta toada, o direito processual, tal como está, é *“mero instrumento autocrático de uma jurisdição de escopos meta-jurídicos (concretizadora de valores sociais e éticos retirados oniscientemente de um real anômico)”*¹⁹⁴. Ou seja, nesta **sociedade civil pressuposta**, os **civis** valem-se de discursos éticos como ferramenta de um sistema de dominação. Entretanto, os **não-civis**, sem o saber, aceitam referidos discursos como justificadores **de** tudo e **para** tudo, afinal, eles (referidos discursos) foram gestados e nascidos do seio de uma sociedade (civil), tendo se disseminado através da cultura e da tradição, sendo, por consequência, tidos como verdades inquestionáveis.

Quando foi dito alhures que muitos aplicadores do direito aplicam-no de maneira repetitiva, tal fato é uma verdade consumada; consumada, mas que pode e merece ser refutada - ou, ao menos, merece ser tentada essa refutação. O problema é que referida repetição (de decisões, de discursos, de **pesquisas**) não encontra congruência com a **processualidade** verdadeiramente **democrática**. Isto porque referida repetição ocorre **a partir** e **numa** realidade social (dos civis) excludente, na medida em que contextualizada a partir de uma **sociedade civil pressuposta**.

¹⁹² MACIEL, Gabriel de Deus. **Teoria do processo e legitimidade decisória**: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. 2006. 107f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 84. Com esta dissertação, sob a orientação do professor Rosemiro Pereira Leal, o então candidato ao título de mestre foi aprovado pela banca examinadora com nota máxima.

¹⁹³ SILVA, Rosemary Cipriano da. **Direito e processo**: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 97.

¹⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 1, jul. 2005b, p. 7.

Neste contexto, qualquer ato processual (procedimental) no qual a **ética** constitua o seu alicerce, por certo que somente os patrimonializados serão favorecidos, ficando os demais (não patrimonializados) à mercê de uma jurisdição salvaguardadora.

A **processualidade** jurídica **democrática** encontra-se imersa dentro de um Estado de Direito Democrático, onde civis e não civis devem possuir igual oportunidade de criar, recriar, discutir, testar, falsear, fiscalizar, aceitar, não aceitar direitos, padrões de conduta, discursos e decisões, dentro do espaço processual, de maneira a se criar o *medium* linguístico. Ou seja, a divisão entre civis e não civis deve inexistir neste contexto, como condição para efetivação de um Estado de Direito democrático, com a conseqüente existência de uma processualidade jurídica igualmente democrática. E mais. A partir disso, é possível afirmar que a **teoria neoinstitucionalista** possui um compromisso com a teoria da democracia, na medida em que veda que direitos sejam criados, modificados e aplicados fora dos princípios institutivos do **Processo**, quais sejam, contraditório, isonomia e ampla defesa.

5 ÉTICA E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: INSTITUTOS COMPOSSÍVEIS?

Uma vez entendidas as noções sobre **ética** e **processualidade democrática**, torna-se possível, agora, não pretender apresentar uma resposta ao problema, mas disponibilizar uma exposição formalizada oferecida à crítica, portanto, passível de refutabilidade.

Entender, como querem os ditos e qualificados **estudiosos** do direito e aplicadores do direito, que a sociedade democrática necessita de interpretar e aplicar o direito “*radicalmente comprometido com a ética*”¹⁹⁵ como sendo algo imanente ou, ainda, “*que ela é o sol para onde todos os operadores e profissionais jurídicos devem sempre se voltar*”¹⁹⁶, ou que não há que se falar, nos dias atuais, em separação entre direito e **ética**¹⁹⁷ e, ainda, que **ética** e direito são discursos necessariamente complementares¹⁹⁸, é algo que, definitivamente, não subsiste.

É possível perceber que a grande maioria - para não valer aqui do termo totalidade - das obras levantadas para análise sobre o instituto da **ética**, numa perspectiva tanto processual quanto extraprocessual, é firme em afirmar que o exercício da **ética** é tanto indispensável à atividade jurisdicional, quanto, inclusive, necessária. E mais: a mesma grande maioria afirma que a **ética** representa a condição *sine qua non* para a efetivação e legitimação de um **Processo** (procedimento) **justo**, bem como para a garantia de **manutenção** de um verdadeiro Estado Democrático de Direito ou, como preferido trabalhar nesta pesquisa, Estado de Direito Democrático.

Cuida de interessante observação a ser feita o fato de que todo este contingente acima referendado sequer se incomode com a naturalidade e singeleza com que a **ética** é trabalhada no seio jurídico - ao menos na perspectiva da **processualidade democrática** ora trabalhada. Como outrora afirmado, a **linguagem** não pode possuir um significado sem significante, ou ser simplesmente

¹⁹⁵ Termo utilizado em: KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. v.3. p. 60.

¹⁹⁶ MACEDO, Humberto Gomes; RESENDE, Flavia Vieira de. A Ética como origem e fim do Direito. **Meritum**, Belo Horizonte, BH, v.3, n.2, p.333, jul./dez. 2008.

¹⁹⁷ MACEDO, Humberto Gomes; RESENDE, Flavia Vieira de. A Ética como origem e fim do Direito. **Meritum**, Belo Horizonte, BH, v.3, n.2, p.348, jul./dez. 2008.

¹⁹⁸ CHAYER, Héctor Mario. **Ética judicial y sociedad civil**: técnicas de incidencia. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 26-28.

uma “*linguagem dos falados (alienados) e não dos falantes*”¹⁹⁹, como ocorre no cenário enfrentado nesta pesquisa.

O direito deve ser construído de forma a não premiar a autoridade da vontade solipsista, que ocorre principalmente pela repetência das formas materiais de vida, pela repetição da subjetividade que, de fato, faz com que seja permitido afirmar que “*estamos vivendo o império da terminologia e das nomenclaturas*”²⁰⁰, como se a existência de uma palavra conseguisse por si só alavancar novos conhecimentos. Não é a esmo que “*Popper sempre foi crítico ao dizer que não se entusiasma com as palavras, que tem que necessariamente ser demarcadas teoricamente*”²⁰¹.

Todos os autores estudados nesta pesquisa, **estudiosos**, aplicadores do direito, ao trabalharem a **ética** estão trabalhando com a ideologia, visto que a extraem da realidade. E se trata de ideologia porque não se disponibiliza um estoque teórico e normativo daquilo que se sustenta. Assim, há vários espaços de crença no desenvolvimento do sentido.

No direito processual democrático não há espaço para o **senso comum**, para o **espaço nu**, para a imperatividade da força das palavras pelo seu uso – bases do positivismo -, uma vez que há uma preocupação com o direito instituinte, constituinte e constituído.

A **ética**, fruto das pré-compreensões gadamerianas, encontra-se no intitulado “*horizonte de pré-consensualidade*”²⁰². Tal fato, por si só, já justificaria a sua disparidade em relação à **processualidade democrática** – na perspectiva ora trabalhada.

Aliado a isso, tem-se o fato de que a **ética**, ou melhor, os seus **estudiosos** e aplicadores do direito valem-se dela sem sequer cogitarem acerca das suas bases teóricas, o que acaba gerando uma repetição de conceitos que, como antes afirmado, advêm da tradição, sem nenhuma delimitação científica.

Por fim, mas não menos importante, tem-se o fato de que os propagadores

¹⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 44.

²⁰⁰ Expressão utilizada pelo Professor Rosemiro Pereira em aula proferida na disciplina **Teoria da Decisão Jurídica**, facultativa no mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no dia 07 de novembro de 2012.

²⁰¹ Expressão utilizada pelo Professor Rosemiro Pereira em aula proferida na disciplina **Teoria da Decisão Jurídica**, facultativa no mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no dia 07 de novembro de 2012.

²⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 44.

desta **ética** ignoram o **Processo**, em sua perspectiva mais avançada, trabalhada na **teoria neoinstitucionalista**; fato que ocasiona uma cumulação de impossibilidade: tem-se a repetição de conceitos advindos do mundo da vida (indemarcados) dentro de um contexto em que **Processo** ainda é tido como instrumento da jurisdição.

Partindo deste raciocínio, é possível inferir que a “*inflacionada*”²⁰³ utilização da **ética** no direito persiste no intuito de maquiagem interesses particulares, afetos tão somente aos patrimonializados, pertencentes à **sociedade civil pressuposta**.

Os discursos éticos, conforme entendimento de Rosemiro Pereira Leal, revestem-se de técnicas do ludíbrio, a partir de ideias enganosas que trazem a ilusão benéfica por meio da obstrução da **linguagem** teórica. Desta forma, difundindo-se o *topoi* e preservando o fetiche²⁰⁴. Razão pela qual se denota de grande importância a conclusão trazida por Rosemiro Pereira Leal ao afirmar que, hoje, é importantíssimo perceber, quanto aos estudos jurídico-processuais, que concepções de moral, **ética** e quaisquer outras de cunho estratégico-social apresentam-se obsoletas²⁰⁵.

Importante, igualmente, trazer a baila valiosa contribuição ofertada por Ingeborg Maus, quando esta afirma que:

A diferenciação entre legitimação democrática e fundamentação moral do Direito significa a usurpação de uma função social de controle através de instâncias políticas de decisão. Ela faz com que o possível conflito entre justificação democrática e moral de decisões jurídicas seja resolvido dentro dos aparatos estatais que tendem, de toda forma, a livrar-se da formação empírica do consenso. **O argumento moral pode ser então facilmente usurpado como substituição de democracia.** Desta forma, os fóruns de decisões jurídicas são capazes de autolegitimação. Eles

²⁰³ A terminologia utilizada nesta pesquisa – *inflacionada* - ocupa o mesmo sentido que aquele exposto pelo professor Alberico, ao tratar da constante e incessante utilização da expressão *paradigma do Estado Democrático de Direito* pelos juristas, sem que estes tenham ciência do significado deste novo paradigma. Assim constou o mencionado professor: “*Uma tarefa se faz premente, sobretudo diante da inflação do uso da expressão ‘paradigma do Estado Democrático de Direito’, quando não é certo se os manuais e as doutrinas expostas pelos juristas demonstram consciência do que significa este novo paradigma*” (SILVA FILHO, Alberico Alves da. *Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático*. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de doutorado em direito processual: ano 2003. 3. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2003. p. 130. v.3).

²⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, São Paulo: Ed: Landy, 2002, p. 98.

²⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.17, p.89-100, 1º sem. 2006b.

mesmos produzem os fundamentos de justificação sobre os quais apoiam suas decisões.²⁰⁶ (Destaque nosso)

Isto posto, forçoso concluir que ao contrário do que muitos falam e outros muitos escrevem, a **ética** e a **processualidade democrática** não cuidam de conceitos compossíveis. Muito ao contrário, referidos institutos encontram-se justamente em pontos opostos, na medida em que somente se efetivará a **processualidade democrática** quando conceitos como a **ética**, advindos do mundo da vida, da prática cotidiana, dos lugares comuns, deixarem de serem aplicados nos procedimentos judiciais e nas pesquisas jurídicas. Isto porque referida processualidade somente será alcançada quando presente uma teoria do discurso processualizado, que acesse, numa sociedade aberta a intérpretes, os fundamentos de sua validade proposicional, saindo da circularidade dos *topoi* que impedem aos seus destinatários perceberem os interesses neles imbricados.

Portanto, o “*continuismo da tradição*”²⁰⁷ é algo que necessita ser interrompido no direito, de maneira a ter-se um sistema que deixe simplesmente de se apelidar democrático, passando a se efetivar e operar como paradigma processualizado.

²⁰⁶ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 289-290. Em igual sentido, conferir: **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã** (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos estudos***, n. 58, p. 183-202, nov. de 2000). Nesta última obra, Maus examina a tradição da jurisprudência constitucional alemã com o objetivo de tentar demonstrar que, por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional – tais como no Brasil, de apologias a discursos éticos - podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio.

²⁰⁷ Terminologia muito bem utilizada por André Del Negri em: DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 374.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira alguma, como já consignado anteriormente, esta pesquisa pretendeu ou se propôs a ofertar a resposta ou estabelecer a verdade acerca do tema abordado, qual seja, **ética e processualidade democrática**. Muito pelo contrário, este trabalho buscou, cientificamente, contribuir para a pesquisa jurídica, principalmente do direito processual, a partir da oferta posta e disponível à crítica (popperiana), no que se refere à análise da (in)compossibilidade, disparidade ou conformidade entre os temas apresentados.

Após trabalhar a (in)distinção cometida pelos profissionais do direito acerca de termos muito próximos, quais sejam, **ética** e moral, esta pesquisa adentrou em algo ainda não percorrido, que cuida de analisar os conceitos éticos não como imanentes à própria natureza, cujos significados e sentidos fossem estabelecidos pela própria palavra, através da **linguagem**. Ao contrário, o consenso, a tradição, a prática cotidiana, os pré-conceitos, enfim, todos os embasamentos que alicerçam os conceitos da ética deixaram de ser encarados trivialmente, sendo perquiridas as suas razões.

Foi então, com arrimo na **teoria neoinstitucionalista do Processo**, que este trabalho pretendeu desmitificar e/ou desmistificar a **ética**; **ética** esta que, no contexto jurídico do ordenamento brasileiro, representa o **curinga do jogo jurídico**, na medida em que tudo resolve, tudo justifica e tudo legitima, razão pela qual é tão bradada, ovacionada, discursada e reproduzida. Do mesmo modo, foi com esteio na **teoria neoinstitucionalista do Processo** que tentou aclarar o que venha a ser processualidade democrática.

Ocorre que, como exposto no decorrer da pesquisa, a **ética** - advinda da tradição e propagada pela **linguagem**, num agir comunicativo verdadeiramente indemarcado e, sequer, questionado – é tanto gestada quanto aplicada em uma **sociedade civil pressuposta**, onde os patrimonializados ditam as regras do consenso e do jogo, e os despatrimonializados acatam referidas regras, sob o argumento de que há, historicamente, um entendimento comum daquilo que é ético ou não. Nesta **sociedade civil pressuposta**, além da não participação da maioria (despatrimonializados) acerca da formação de conceitos vagos e imprecisos como ocorre com a **ética**, tem-se ainda o fato de que estes se submetem às imposições da minoria (patrimonializados), uma vez que acreditam que o objetivo disso é

promover o **bem comum**, a **justiça social** ou qualquer outro termo desprovido de conteúdo científico. Ora, sem a participação ativa de cada pessoa e de todas ao mesmo tempo, sem uma demarcação da fala, enfim, sem um conceito construído em bases crítico-científicas acerca do que é ou não ético, ter-se-á tão somente a manutenção de uma condição de vida, onde os que detém poder financeiro e social se impõem sobre aqueles que são desprovidos de qualquer poder.

Para justificar o fato de esta **ética**, advinda da tradição e difundida através da **linguagem**, ser aplicada no contexto do direito sem a menor preocupação dos locutores em ter o seu sentido limitado ou, ainda, em se obter o mínimo de aporte científico acerca da sua aplicação, esta pesquisa valeu-se de uma análise indutiva sobre o tema a partir de renomados autores e, principalmente em relação ao cenário hodierno, de renomados juristas. Constatou-se que invariavelmente todos eles, direta ou indiretamente, abordam a **ética**. Não bastasse isso, abordam-na numa perspectiva instrumentalista, inclusive delegando ao judiciário e seus operadores (juízes, desembargadores, ministros) a tarefa de serem éticos em suas decisões, como condição para mudança das condições sociais e promoção da **paz social**. Mencionados juristas, portanto, relegam ao judiciário algo que transcende a sua competência, uma vez que não compete ao judiciário transformar uma indefinida sociedade, por fim às disparidades sociais, distribuir equitativamente a renda. Tais tarefas são, originariamente, de competência do Executivo, da Administração Pública; enfim, de qualquer outro órgão que não o judiciário, segundo o princípio da reserva legal.

Em razão, talvez, do elevado número de obras acerca do assunto – elevado número este que não se coaduna com a perspectiva trabalhada nesta pesquisa -, é perceptível a utilização da **ética** na motivação das decisões dos tribunais brasileiros como se ela passasse de mero termo histórico para o *status* de requisito jurisdicional. Ou, ainda, como se a **ética** fosse sinônimo de eficiência (este sim um requisito da jurisdição). Ou seja, doutrinas e mais doutrinas estão sendo criadas e reproduzidas a todo instante, sem o menor zelo científico, comprometendo diretamente a implantação e efetivação de uma processualidade jurídica democrática, já constitucionalmente paradigmaticamente no Brasil.

Além disso, os discursos de autoridade, revestidos e encapados pela **ética**, visam fomentar uma expectativa aos despatrimonializados de **justiça social** e **bem comum**, por exemplo, querendo, na realidade, justificar e manter o estado de

dominação. Portanto, aqueles que professam a **ética** ao discurso vazio de ser ela indispensável à manutenção do Estado Democrático, na realidade, encontram-se alicerçados e amparados pelos princípios e fundamentos do Estado Social, que não encontra amparo no nosso ordenamento (ao menos, na perspectiva trabalhada nesta pesquisa).

Além da **ética**, a **processualidade** jurídica **democrática** foi trabalhada partindo-se da releitura dos paradigmas precedentes e passando por uma conceituação do Estado de Direito Democrático. Ocorre que a materialização da referida processualidade não pode ocorrer em uma **sociedade civil pressuposta**, na medida em que ela destoa do objetivo do Estado de Direito Democrático. Para tanto, uma **linguagem** específica de construção do direito é necessária. E esta **linguagem**, a partir da **teoria neoinstitucionalista**, não pode ser outra que não o **Processo**.

Assim, é possível colher, a partir dos estudos feitos nesta pesquisa, que o culto incondicionado à **ética**, como se ela fosse a “*religião jurídica do juiz brasileiro*”²⁰⁸, do aplicador do direito e do estudioso do direito não encontra espaço na **processualidade democrática**.

Deve ser reiterado que esta colheita não exaure o tema proposto, principalmente tendo em vista a sua densidade. E caso pretendesse exaurir o tema, não cuidaria de uma pesquisa científica. Assim, foram ofertadas algumas proposições no intuito de proporcionar ao interlocutor a possibilidade de questionar questões ou temas que são encarados sempre com simplicidade e tranquila aceitação.

Além disso, buscou este trabalho, conforme dito na introdução, contribuir para a renovação do conhecimento; afinal, o conhecimento somente se renova **pela e com** a pesquisa.

Por fim, mas não menos importante, diante do fato de o tema proposto cuidar de assuntos (dísparos ou não) comuns no espaço jurídico brasileiro, espera esta pesquisa que o interlocutor, concordando ou não com a perspectiva e considerações aqui traçadas neste trabalho, oferte sua contribuição à ciência do direito e, mais especificamente, à ciência do direito processual.

²⁰⁸ Terminologia utilizada por José Renato Nalini, ao afirmar que, hodiernamente, o papel do juiz deve ser o de cumpridor da justiça. E, para tal, indispensável ter na ética a essência da sua atuação; afinal, de acordo com o autor, é de ética que o judiciário brasileiro encontra-se carente. (NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 337).

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Coordenada e revisada por Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.) **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. Tradução de Torrieri Guimarães. 5.ed. reimpressão. São Paulo: Ed. Martin Claret Ltda, 2012. (Coleção a obra-prima de cada autor).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, José Manuel Bermudo. Benthan: a ciência do legislador. In: PELUSO, Luis Alberto (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas/SP: Editora Alínea, 1998.

BACHA, Maria de Lourdes. As relações entre o pragmatismo e a ética. **Quaestio**, Sorocaba, SP, v.5, n., p.111-120, maio, 2003.

BEZERRA, José Antônio Lira. A natureza política da atividade jurisdicional: a dicotomia direito e moral em Ingeborg Maus. **Revista CEJ: [Brasília]**, Brasília, v.14, n.51, p. 106-114, out. 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Constituição 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1245149 / MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eleitoral**, Brasília, 13 jun. 2013. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1245149&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em: 05 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 709372 / RJ, Terceira Turma, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino **Diário de Justiça Eleitoral**, Brasília, 03 jun.2011. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&pro

cesso=709372&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 05 jan. 2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do Processo Constitucional. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 223, p. 39-53, set. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.153, p.33-46, nov. 2007.

CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n. 201, p. 59-100, nov. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO NETTO; Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a(in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHAGAS, Eduardo Ferreira. Feuerbach e Espinosa: Deus e natureza, dualismo ou unidade? **Revistas Trans.Form. Acao**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 79-93, 2006. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/915> > Acesso em: 20 set. 2013.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **A nervura do real: imanência e liberdade em Espinosa**. São Paulo, SP: Cia de Letras, 1999. 1v. (2 t.).

CHAYER, Héctor Mario. **Ética judicial y sociedad civil: técnicas de incidencia**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionílio. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas**. RJ: Forense, 2008.

COULON, Jean Marie. A consciência do juiz hoje. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Org.). **A consciência do juiz na tradição jurídica europeia**. Tradução de Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária** [Porto Alegre:1953], Porto Alegre, RS, v.49, n.285, p.31-60, jul. 2001.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002a. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002b. v.2.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1934.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 273-318, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.5, p.273-318, jan. 2007.

FRAGOSO, Emanuel Ângelo da Rocha. A concepção de natureza humana em Benedictus de Spinoza. **Cadernos Espinosanos XXI**, Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/epinosanos/ARTIGOS/numero%2021/emanuel.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2014.

FRÓES, Iara Alves Etti. **Ética e direito: limites e atuação do advogado no estado democrático de direito**. 2012. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. 631p. (Pensamento humano; 16). v.1.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n.3, p.195-206, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GARRELL, Richard-Paul Martins. **Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro**. 2013. 156f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONCALVES, André Luís. Richard Rorty e a ética da solidariedade. **Phrónesis: Revista de Ética**, Campinas, v. 6, n. 2, p.147-156, jul./dez 2004.

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

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

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. RJ: Tempo Brasileiro, 1997. v.2.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. O direito entre a facticidade e validade: uma breve análise em relação ao “significado e verdade”. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Org.). **Teoria do direito e conflitos jurídicos**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. v.3.

KRAUT, Richard et al. **Aristóteles**: a ética a Nicômaco. Porto Alegre: Artmed, 2009.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexos jurídicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c, p. 169-174.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista**. 2006a. Disponível em: <http://fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf> Acesso em: 18 de Março de 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v.7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexos jurídicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c, p. 111-119.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.17, p.89-100, 1º sem. 2006b.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexos jurídicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c, p. 23-32.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do Poder Constituinte Originário. **Phrónesis: direito e sociedade**, Piumhi, v.1, n. 2, p.195-208, jul. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n.2, dez. 2005a. Disponível em: <http://vc/fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/pdf/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf> Acesso em: 20 mar. 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual: ano 2001. 4. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2001. v.2.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 1, jul. 2005b. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf> Acesso em: 20 mar. 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexos jurídicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005c, p. 100- 110.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 606 p. (Série Métodos em direito ; 1).

LEY. John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Pauo: WMF Martins Fontes, 2010.

MACEDO, Humberto Gomes; RESENDE, Flavia Vieira de. A ética como origem e fim do Direito. **Meritum**, Belo Horizonte, v.3, n.2, p.333-351, jul./dez. 2008.

MACIEL, Gabriel de Deus. **Teoria do processo e legitimidade decisória**: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. 2006. 107f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **A cognição no direito democrático**. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado democrático de direito. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Tópica e processo**. 2012. 551 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política**: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MAGEE, Bryan. **As ideias de Popper**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional**. 2007. 110 f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008.

MARÇAL Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zarah, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos estudos**, n. 58, p. 183-202, nov. de 2000.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0071.05.023805-5/002. Rel. Des.(a) Maria Elza. Julgamento: 29 mar. 2007. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0238055-10.2005.8.13.0071&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0024.12.248205-2/001. Julgamento: 02 maio. 2013. Rel. Rogério Medeiros. Publicação: 10 maio 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.248205-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 05 jan 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1.0384.08.071005-4/002, 12ª Câmara Cível, Rel. Domingos Coelho, Publicação: 23 abr. 2012. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=103840807100540022012187364>> Acesso em: 05 de Janeiro de 2014.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. T. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 5-14, maio./jun. 2001.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.14, n.53, p. 11 - 22, jan./mar. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático: In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo horizontes para a democratização processual civil**. 2008 217 f. Tese (Doutorado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Pragmática analítica. A segunda filosofia de Wittgenstein. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. (Filosofia 40), p. 117-147.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jurgen Habermas. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicionais sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.4, n.7 e 8 , p.106-117, 1 e 2 sem.2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 283-292.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O papel do juiz e do poder judiciário na sociedade moderna. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.93, n.824 , p. 61-71, jun. 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OMMATI, José Emilio Medauar; FARO, Júlio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo - o judiciário como superego. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.12, n.49 , p. 177-206, jul./set., 2012.

PAIVA, Márcio Antônio de; VIEIRA, Guilherme Fulgêncio; RIBEIRO, Jomara de Carvalho; MARTINS, Maria Celeste. Ética e Direito: diálogos possíveis. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

PELUSO, Luis Alberto (Org.). **Ética e utilitarismo**. Campinas/SP: Editora Alínea, 1998.

PENNA, Saulo Versiani. **A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo**: sua legitimidade sob o paradigma do Estado democrático de direito. 2004. 153f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegemberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da investigação científica**: três concepções acerca do conhecimento humano: a sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Paulo de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

POPPER, Karl Raimund. **Autobiografia intellectual**. Tradução e Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

RIZK, Hadi. **Compreender Spinoza**. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: RJ, Vozes, 2006.

SALES, Ana Flávia. **Teorias de direito e direito processual democrático**: incursões tópico-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2059369-37.2013.8.26.0000, 25ª Câmara da Seção de Direito Privado. Rel.: Hugo Crepaldi, Publicação: 01 fev.2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7309004&v1Captcha=pHnAa>> Acesso em: 05 de Janeiro de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 0139758-73.2009.8.26.0100, 23ª Câmara da Seção de Direito Privado, Rel. J. B. Franco de Godoi. Publicação: 14 dez. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7250712>> Acesso em: 05 de Janeiro de 2014.

SÉRIAUX, Alain. Os desafios éticos da atividade de iurisdictio. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Org.). **A consciência do Juiz na tradição jurídica europeia**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de doutorado em direito processual: ano 2003. 3. ed. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2003. v.3.

SILVA, Rosemary Cipriano da. **Direito e processo**: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v. 96, n.857, p.29-53, mar. 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Joaquim Adelson Cabral de. **O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira**. 2009 162f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Angel Rodriguez Bachiller. 3. ed. São Paulo: Atena, 1957. (Biblioteca Clássica ; XL).

SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**: tratado da correção do intelecto; ética; tratado político; correspondência. Tradução de Marilena de Souza Chaui. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. . In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, n.136, p.32-57, jun., 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v.58, n.395, p. 11-41, set. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. **Revista Jurídica: [Porto Alegre]**, Porto Alegre (RS), v. 56, n. 368, p. 11-28, jun. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 33, p. 5-18, nov./dez., 2009b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.189, p.09-52, nov. 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações iniciais sobre semiótica jurídica. **Revista CEJ: [Brasília]**, Brasília, v.14, n.51, p. 115-124, out/dez., 2010.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. **Sociologia**. 7. ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.