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

Ana Flávia Sales

**TEORIAS DE DIREITO E DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
incursões tópico-jurídicas pela Teoria Neoinstitucionalista do
Processo**

Belo Horizonte
2012

Ana Flávia Sales

**TEORIAS DE DIREITO E DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
incursões tópic-jurídicas pela Teoria Neoinstitucionalista do
Processo**

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.

Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal.

Belo Horizonte
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S163t Sales, Ana Flávia
Teorias de direito e direito processual democrático: incursões tópicos-jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo / Ana Flávia Sales. Belo Horizonte, 2012.
178f.

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

1. Direito processual. 2. Democracia. 3. Devido processo legal. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Ana Flávia Sales

**TEORIAS DE DIREITO E DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
incursões tópic-jurídicas pela Teoria Neoinstitucionalista do
Processo**

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

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal (Orientador) – PUC Minas

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas

Professora Elaine Noronha Nassif

Professor Doutor André Cordeiro Leal – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 09 de fevereiro de 2012.

*Ao meu pai, que com seus erros me
ensinou a acertar...*

AGRADECIMENTOS

Finalizar o curso de Mestrado é etapa muito importante em minha vida. E somente algumas pessoas conhecem o real sentido dessa vitória, pois me ajudaram a ultrapassar os percalços que precisaram ser vencidos para se chegar até aqui. Além de, é claro, compartilhar comigo momentos de muita alegria, como esse, por exemplo.

Agradeço, inicialmente, a Deus, por iluminar minha mente, dar-me concentração e força para seguir em frente, pois, mesmo nos momentos mais difíceis, pelo poder da oração, sempre soube que estava amparada.

Ao Professor Rosemiro Pereira Leal, o maior gênio científico da atualidade. Os juristas, de uma forma geral, se limitam a repetir, a dar continuidade a aquilo que fora inventado por alguém. Poucos são aqueles que criam, que enfrentam as obscuridades da contemporaneidade, que são ousados: esse é o nosso Professor Rosemiro Pereira Leal, a quem todos os estudantes, comprometidos com um direito processual democrático, são agradecidos, pelo comprometimento com o ensino jurídico, com a pesquisa científica, pelo amor à academia. Obrigada por me aceitar como sua orientanda, por sempre me receber com carinho, atenção e gentileza. E, principalmente, por me conceder parte de seu tempo, que é tão precioso.

A minha linda, maravilhosa e jovem mãe: pelo carinho, amor, paciência, por me carregar em seus braços desde o primeiro momento de minha vida e me ensinar o verdadeiro valor da família. Se não tivesse esse chão, esse porto seguro, nada em minha vida seria possível. Obrigada por existir, por fazer parte da minha existência e deixar que eu faça parte da sua.

Ao Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, exemplo de dedicação e amor à profissão. Professor que me ensinou que é somente com disciplina que se alcança o conhecimento. Seus ensinamentos são imprescindíveis para o meu desenvolvimento acadêmico. Agradeço o carinho e a confiança que depositaste em mim.

Ao Professor Dhenis Cruz Madeira, meu eterno Professor e, atualmente, grande amigo. Modelo de profissional pela ética, caráter, dedicação, amor à pesquisa científica e ao ensino jurídico. Obrigada por fazer parte do meu curso de Mestrado e da minha vida profissional: sua presença só me traz ganhos!

Aos Queridos Amigos, Daniel Secches, Renata Vilela (minha irmã de coração), Gustavo Faria, Elder Dutra, Nilza Nogueira e Fernanda Gomes, pessoas de fino trato e elegância, exemplos de força, fé, coragem, confiança, com as quais sempre aprendo muito! Agradeço por todas as manifestações de carinho, em todos os momentos de minha vida (acadêmica e pessoal), principalmente, pela presença de vocês nas épocas mais delicadas.

Aos demais Amigos e Colegas de Mestrado, pelo carinho com que sempre me receberam.

A minha avó, pelas orações e por me ensinar, desde criança, que o estudo seria a única herança que meu pai poderia deixar aos seus filhos – parece-me, vó, que estou começando a aprender a administrar esse legado.

As minhas tias, Cidinha e Conceição, pelo apoio constante em nossa família.

As Queridas Amigas Cristhiane Madureira e Tânia Lacerda, por estarem comigo nos momentos mais difíceis, sempre dispostas a ajudar, por vibrarem com minhas conquistas como se fossem suas também. Obrigada pela presença de vocês em todos os momentos de minha vida! São pessoas muito importantes para mim!

Aos meus alunos, por me receberem, diariamente, com tanto carinho, olhares atentos e por fazerem questionamentos nada ingênuos, que sempre me encaminham para grandes reflexões.

A Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e a Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG, pelo apoio científico e fomento à pesquisa.

“A fase retórica do ensino do Direito Processual já passou. Já estamos no terceiro milênio. Falar bonito já é coisa feia. Cientificamente, a luta pela inteligência é contra a eloqüência e o exagero abstrato, que escondem a deficiência do locutor. A precisão terminológica, a definição e demarcação de conceitos, são requisitos que não podem mais ser negligenciados no estudo do Direito”.

Rosemiro Pereira Leal

RESUMO

O direito processual democrático, na *pós-modernidade*, reenuncia-se num marco teórico de produção e atuação do direito em recinto fiscalizável, que o legitima pelo discurso autoilustrativo dos princípios institutivos que lhe dão forma e fundamento. Erige-se a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, como demarcação do conhecimento jurídico, que se torna científico e legítimo pela testificação da ciência do direito e pela (re)abertura à refutabilidade de seus próprios enunciados, de vez que formalizada pelo método autocrítico popperiano. A linguagem enunciativa proposicional da teoria eleita conjectura-se a partir das quatro narrativas epistemológicas (Técnica-Ciência-Teoria-Crítica), em que a construção-reconstrução do “*dever a ser*” ressemantiza-se pela biunivocidade do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade. É nessas bases que se elege um neo-paradigma, o devido processo, que ao articular as instituições jurídicas preconiza a institucionalização de um direito legítimo, democrático e fiscalizável. Nesse viés, há um retorno constante do direito à procedimentalidade legislada, pela abertura discursivo-argumentativa de direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis, nos três níveis de (re)enunciação da normatividade.

Palavras-chave: Direito processual democrático. Devido processo. Teoria neoinstitucionalista do processo.

ABSTRACT

The democratic procedural law, in post-modernity, is enounced in a theoretical framework of the right production and action in a monitored area which legitimizes it through the auto illustrative speech of the institutive principles giving it form and base. It is erected the Neo-Institutionalist Theory of the Process as the legal knowledge demarcation, which becomes scientific and legitimate by the attestation of the science of the right and by the (re)opening to the refutation of its own statements, as formalized by the popperian self-critical method. The propositional enunciative language of the elected theory is conjectured from four epistemological narratives (Technique-Science-Theory-Critique), in which the construction-reconstruction of the "*becoming*" is re-semanitizing by the correspondence of contradictory-life, legal defense-freedom and equality-dignity. It is on those bases that a new paradigm is elected, the due process, the one which when articulates the legal institutions preconizes the institutionalization of a democratic, legitimate and auditable right. In that bias, there is a constant return to the legislated law by the discursive-argumentative opening of fundamental rights, correct and requirable in the three levels of the normative (re)enunciation.

Keywords: Democratic procedural law. Due process. Neo-institutionalist theory of the process.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A PROPOSIÇÃO DO PROBLEMA.....	19
2 CONJECTURAS EPISTEMOLÓGICAS DE TEORIA DO DIREITO AO DIREITO PROCESSUAL	23
2.1 O que é direito?	23
2.2 Investigações teóricas das vertentes doutrinárias nas escolas jurídico- processuais	33
2.2.1 <i>Escola idealista</i>	34
2.2.2 <i>Escola realista</i>	37
2.2.3 <i>Escola fenomenológica</i>	42
2.2.4 <i>Escola formalista</i>	44
2.2.5 <i>Escola estruturalista</i>	48
2.2.6 <i>Uma problematização crítica às doutrinas de “teoria do direito”</i>	50
2.3 Embarços à compreensão dos institutos do direito, lei e norma	53
2.3.1 <i>Metodologia: método crítico</i>	53
2.3.2 <i>Lógica</i>	55
<u>2.3.2.1 <i>Lógica geral (formal)</i>.....</u>	<u>56</u>
<u>2.3.2.2 <i>Lógica modal</i></u>	<u>59</u>
<u>2.3.2.3 <i>Lógica situacional</i></u>	<u>60</u>
2.3.3 <i>Revisitação crítica da dogmática indiscernível do direito, lei e norma</i>	62
2.4 A desmitificação da dogmática dos princípios	66
3 DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E PARADIGMAS JURÍDICO- EPISTEMOLÓGICOS.....	87
3.1 Modelos processuais e Paradigmas de Estado de Direito	87
3.1.1 <i>Estado Liberal de Direito</i>	91
3.1.2 <i>Estado Social de Direito</i>	99
3.1.3 <i>Estado de Direito Democrático</i>	108
<u>3.1.3.1 <i>Proceduralismo habermasiano</i></u>	<u>109</u>
<u>3.1.3.2 <i>Paradigma co-institucionalista</i></u>	<u>116</u>
3.2 Direito processual democrático e legitimidade construtiva da norma.....	119
3.3 A ciência jurídica da legislação processual civil.....	129
3.4 A jurisprudencialização indemarcada do direito na <i>praxis</i> dos tribunais no Brasil.....	136
4 CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA E TEORIA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA	150
4.1 Teorias de Processo e a Constituição brasileira.....	150
4.2 Constitucionalidade brasileira: por uma teoria concorrente à efetivação de um direito processual democrático.....	157
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PROPOSIÇÃO DE UM NOVO PROBLEMA.....	166
REFERÊNCIAS.....	169

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A PROPOSIÇÃO DO PROBLEMA

O **direito processual democrático**, na *pós-modernidade*, primordialmente no Brasil, após a Constituição brasileira de 1988, esbarra num grande desafio, o de romper com a *ciência dogmática do direito*, em que a fundamentação, instituição e legitimidade normativa ancoram-se nas “*verdades absolutas*” das doutrinas, leis (autocráticas) e jurisprudências (majoritárias, dominantes, uníssonas) que, por serem irrefutáveis, não se oferecem à crítica.

A contemporaneidade se conjectura pela construção de *existências jurídicas* desvinculadas de pressupostos históricos e sempre abertas à revisitação continuada de suas instituições – é, pois, a *epistemologia quadripartite* que se contrapõe à *ciência jurídica dogmática*. Em virtude disso, a presente pesquisa, comprometida com a proposição de uma perspectiva de um **direito processual democrático**, legítimo e fiscalizável, perfilha-se no marco teórico da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, que se ampara no método crítico e no falibilismo de Karl Popper.

Conjectura-se, neste trabalho científico, que o paradigma teorizado pelo Estado de Direito Democrático suplica a produção de uma hermenêutica implantadora do **direito processual democrático**, apta a conferir legitimidade construtiva à normatividade. Nessa vertente, o problema que se oferece à teorização crítica tentará (pelo método de “*tentativas de refutação*”) demarcar a *teoria de processo* e o *paradigma processual* que concorrem para a criação e atuação de um **direito processual democrático**, no viés da constitucionalidade brasileira de 1988 que, por sua vez, se contrapõe à hermenêutica filosófica e à tópica-retórica, contemplada pela prática judiciária no Brasil.

Ao se eleger o paradigma *instituinte* do Estado de Direito Democrático e, por conseguinte, de suas *co-instituições* jurídicas, pretende-se apontar, pelo método crítico, os erros existentes no discurso do conhecimento dogmático para enfrentá-los sem, contudo, apresentar conclusões peremptórias. Seguindo esse raciocínio metodológico, submeter-se-á à crítica da comunidade acadêmica as teorias problematizadas na presente dissertação, com o intuito de que sejam levantadas as aporias constantes na estrutura do conhecimento, pois o marco teórico escolhido atua na “*suspensão da crença*” como *método crítico* de demarcação da pesquisa científica, que é sempre provisória, já que suscetível à refutabilidade. Por isso,

sustenta-se que **o conhecimento científico que se oferece à crítica pode ser um erro.**

É, portanto, com base na ousadia popperiana que se realiza o salto da *ciência jurídica dogmática* para um discurso teórico-linguístico, pois somente assim será possível ingressar no **direito processual democrático**, onde o paradigma processual institui uma *sociedade aberta* apta à construção-reconstrução continuada, irrestrita e fiscalizada de suas estruturas. O escopo desta pesquisa, portanto, é reenunciar, no plano da Teoria Neoinstitucionalista do Processo e do paradigma *co-institucionalista (devido processo)*, os conteúdos *normativo-linguístico-auto-críticos* que concorrem para a produção e atuação (aplicação, interpretação, modificação e extinção) de um direito legitimamente fiscalizável e democrático.

A *ciência dogmática do direito* concebe a existência do direito vinculada a duas vertentes estáticas: *jusnaturalismo* e *positivismo*. Não há, nessa visão, uma terceira via para escapar desse alçapão, por isso a impossibilidade de viabilizar a compreensão de um **direito processual democrático**. É, pois, nesse viés que se inicia a incursão científica deste trabalho que, no primeiro momento, se propõe a investigar “*o que é direito*”, na perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Para tanto, far-se-á o confronto entre a *teoria da processualidade democrática* e a *praxis* tribunalícia do país.

Nessa linha de reflexão, com a finalidade de se problematizar o direito praticado no Estado brasileiro, se propôs a perquirir as escolas doutrinárias de “*teoria de direito*”, da idealista à estruturalista, a fim conjecturar a produção crítica de um direito que suplique ganhos jurídico-processuais e democráticos. Assim, submete-se seus conteúdos à (re)enunciação cognitivo-epistemológico no eixo hermenêutico do **devido processo**.

Após respectiva investigação, delimitado o marco teórico do direito a ser atuado (e constantemente revisitado) no Estado de Direito Democrático, vislumbra-se a imperiosidade de discernir os institutos do **direito, lei e norma**. Para realizar aludida distinção, com base no método crítico popperiano e na epistemologia quadripartite, investigar-se-ão os enunciados da *lógica clássica*, que se subdivide em *lógica geral (formal)* e *lógica modal*, que serão afastadas por serem construídas no viés da *ciência dogmática do direito*. Ao refutá-las, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, embasada nos ensinamentos de Popper, cria a *lógica situacional*, que é

compreendida como epistemologia (“*método de testificação de teorias*”). A partir do marco teórico delimitado é possível o esclarecimento de cada qual dos institutos suscitados.

Forte no marco teórico acolhido para fundamentar a presente dissertação, propõe-se realizar um estudo esclarecido, concernente à *desmitificação da dogmática dos princípios*. A *ciência dogmática do direito*, apesar da *pós-modernidade*, ainda acolhe acepções de princípios como *axiomas de verdades absolutas*, “*autoconceptivos de si mesmos*”. Em Alexy, Dworkin e Hart, conforme estudos elaborados, vislumbra-se uma visão reflexiva da percepção de um sistema, que aloja o *locus* interpretativo no espaço demarcado pela *linguagem solipsista e naturalizada*. Assim, conjectura-se que é somente no viés paradigmático do **devido processo** que é possível *desnaturalizar a fala* e solucionar o problema da sobrecarga decisória.

Para eleger o paradigma instituinte das democracias contemporâneas, reestrutura-se a perspectiva paradigmática, refutando a acepção inercial kuhiana para recepcionar um paradigma autocrítico e fiscalizatório. Nesse tom, far-se-ão incursões crítico-científicas para apontar qual ciência orienta o estudo dos paradigmas nos três *modelos de Estado*. Na visão habermasiana, analisar-se-á a perspectiva de democracia nos Estados Liberal, Social e Proceduralista, bem como quais teorias de processo concorrem para a efetivação do Estado eleito pela Constituição. Na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, conjectura-se um *neo-paradigma*, o *co-institucionalista*, que se institucionaliza pela interenunciação dos princípios institutivos do **devido processo** para testificar a *ciência dogmática do direito*, reenunciando-a em novas teorias para submeter-se à fiscalização contínua e irrestrita, de vez que problematizado no viés de uma *sociedade pós-moderna, aberta e autocrítica*.

Perfilhado o paradigma jurídico, estudar-se-ão quais são os conteúdos epistemológicos normativo-jurídicos que concorrem para a efetivação de um **direito processual democrático** (legítimo e fiscalizável). Após, analisar-se-á a legislação processual civil, bem como a *praxis* dos tribunais do país, com o intuito de investigar se o direito produzido e atuado se filia ao paradigma eleito pelo constituinte originário da Constituição brasileira de 1988, a saber, o **devido processo**.

Por fim, far-se-á um contraponto entre as teorias de processo, atuadas pela *ciência dogmática do direito* e a constitucionalidade brasileira. Propõe-se enfrentar

as aporias que inviabilizam a produção de um **direito processual democrático**, aos moldes sustentados pela *teoria da processualidade democrática*, cujos ganhos teórico-históricos somente foram possíveis com a instituição do paradigma do **devido processo**. Nesse viés, conjectura-se que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo é a única teoria que se apresenta na contemporaneidade com ganhos científico-jurídicos a encaminhar um **direito processual democrático**. Por isso a necessidade de ressemantizar todo o discurso teórico e prático da *ciência dogmática do direito*.

O presente estudo, longe de esgotar o enfrentamento do tema-problema proposto, tem por cerne, basicamente, incitar o debate concernente à proposta de se realizar uma leitura contemporânea, discursiva e democrática do direito produzido e atuado no Brasil, rumo ao salto da *ciência dogmática jurídica* ao estudo *pós-moderno* epistemológico de um direito processual legítimo, democrático e fiscalizável.

Convida-se, então, o leitor a ingressar nos estudos e reflexões críticas das proposições formalizadas nesta dissertação de mestrado, ofertada à testificação da comunidade acadêmica.

2 CONJECTURAS EPISTEMOLÓGICAS DE TEORIA DO DIREITO AO DIREITO PROCESSUAL

2.1 O que é direito?

Os estudos enfrentados neste capítulo demonstrarão¹, numa perspectiva contemporânea², que **direito** é *instituto lógico-jurídico, inferente crítico da lei (produzida sob os postulados regentes e enunciativos do devido processo), criador de existências jurídicas inclusivas de todo o povo*³. Contudo, apontar para respectiva noção não foi tarefa fácil, uma vez que a concepção de direito, durante séculos (*ciência dogmática*), sempre esteve atrelada às razões prescritivas de um direito natural ou de uma suposta racionalidade humana. Essas compreensões trouxeram prejuízos nefastos para a epistemologia *pós-moderna*, dificultando o esclarecimento dos conteúdos fundamentantes do direito, o que contribuiu para sua ideologização e, por conseguinte, a produção de um direito de dominação, tendo em vista que seus preceitos sempre foram baseados em *doxas* universalizantes, impostas pelo *cosmo* ou pelo *déspota* (soberano) que, por terem caráter de prescritividade, devem ser obedecidos, sem qualquer abertura para refutabilidade.

¹ A proposição formalizada é *passível de falseamento*, tendo em vista que a abordagem metodológica desta pesquisa refuta a *“atitude dogmática”*, sendo conduzida por uma epistemologia *crítico-científica*, pautada em parâmetros *proposicionais falíveis discursivos*, pois se presume que *“todo conhecimento é hipotético”*. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 39-40.

² O marco teórico que embasa a elaboração da presente dissertação é a Teoria Neoinstitucionalista do Processo e o falibilismo popperiano, por isso o termo *“contemporaneidade”* será conjecturado nesta pesquisa sob a óptica de Agamben, para quem a contemporaneidade é obscura; e o contemporâneo é aquele que consegue ver na obscuridade, sendo *“capaz de escrever mergulhado (...) nas trevas do presente”*. É, de acordo com o autor, a possibilidade de *“neutralizar as luzes”* para descobrir suas trevas, ou seja, o contemporâneo não se contenta com a claridade do presente, ele visualiza suas sombras e procura desvelar a obscuridade. Por isso Agamben entende que ser contemporâneo *“é uma questão de coragem”*, pois além de não se cegar pelas luzes do século, não se contenta em apenas entrever os discretos fachos iluminados na escuridão. Ao contrário, seu objetivo é encontrar luzes nas trevas, enfrentando suas falhas epistemológicas. *“Isso significa que o contemporâneo não é aquele que apenas que, percebendo o escuro do presente, nele apreende a resoluta luz; é também aquele que, dividindo e interpolando o tempo, está à altura de transformá-lo e de colocá-lo em relação com os outros tempos, de nele ler de modo inédito a história, e de ‘citá-la’ segundo uma necessidade que não provém de maneira nenhuma do seu arbítrio, mas de uma exigência à qual ele não pode responder. É como se aquela invisível luz, que é o escuro do presente, projetasse a sua sombra sobre o passado, e este, tocado por esse fecho de sombra, adquirisse a capacidade de responder às trevas do agora”*. AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?**: e outros ensaios. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 55-73.

³ Remete o leitor ao *“Item 2.3”* da presente dissertação.

Entrementes, se projetado um contraponto desse direito (dogmático) com o marco teórico regente da Lei Constitucional (e por ela recepcionado), vislumbra-se que desserve para a compreensão de uma *sociedade aberta*, proposta pelo paradigma de Estado vigente, bem como pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo⁴ e o falibilismo popperiano⁵. Por isso, hodiernamente, ao estudante de direito, comprometido com a democracia constitucionalizada, é imperioso perquirir e problematizar qual direito está sendo construído e aplicado no Estado brasileiro, primordialmente após a Constituição de 1988. E se verificado (a partir do confronto de teorias rivais) que o direito testificado não atende aos postulados de um **direito processual democrático**, necessário refutá-lo e conjecturar a criação de um novo direito, a partir de uma teoria escolhida – este é o desafio que se pretende enfrentar neste capítulo.

Atualmente, não é muito raro depararmos com passeatas, reuniões (assembleias) em locais públicos, manifestações populares, protestos movidos por fortes emoções ou saudosismos, em virtude de situações fáticas de elevada comoção social. Ações da *sociedade civil*⁶ visando chamar a atenção para

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

⁵ “Por ‘falibilismo’ entendo aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca da verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que, no caso de algumas provas lógicas e matemáticas, esta possibilidade possa ser considerada insignificante”. POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: tomo 2, v. 3. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 395-396.

⁶ Em Habermas, a *sociedade civil* é formada “por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses ‘designs’ discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 99. Rosemiro Pereira Leal, ao esclarecer o termo, explica que “civil” vincula-se a patrimônio, isto é, são os “*cidadãos patrimonializados*” que, vivendo em sociedade, adotam os despossuídos de patrimônio, conferindo-lhes o direito de usufruir as “*feitorias civis*”. São, de acordo com o autor, os “*excluídos sociais*”, a quem a *sociedade civil* outorga o direito à vida, liberdade e igualdade, em sentido natural-biológico (vegetativo) e não no sentido construtivo–reconstrutivo da existência humana pelos atributos teórico-linguístico e processual do contraditório, ampla defesa e isonomia. Nesse raciocínio, critica e refuta a *sociedade civil* habermasiana elucidando que o “*espaço público*” é o espaço dos patrimonializados, que abrem concessões (pela via de estratégias ideológicas de dominação) aos despatriomonalizados para ali dialogarem (reivindicarem direitos já

problemas setoriais, *verbi gratia*, violência, desemprego, saúde, educação, melhoria nas condições de vida e trabalho – temas de grande especulação político-social que ganham espaço para discussão em âmbito do legislativo (*discursos de justificação*) e judiciário (*discursos de aplicação*)⁷.

Nesse tom, sob os primados de uma democracia liberal, republicana ou proceduralista habermasiana⁸, comumente as pessoas encontram-se umas ao lado das outras (democracia paideica)⁹, como nas audiências públicas, dirigidas por elite de intelectuais (ministros, governantes, juristas renomados pela *ciência dogmática*) para discutir (no espaço nu) temas “ditos” complexos e de “repercussão geral” para

conferidos aos civis), “dando continuidade ao projeto de **civilização**” posto pela história (sociedade pressuposta), não proporcionando, pelos conteúdos epistemológicos de uma teoria de processo democrático (Teoria Neoinstitucionalista do Processo), um “exercício de cidadania aos moldes de um sistema político que permitisse **conexões** libertárias ou impositivas de direitos fundamentais em países excluídos da arbitragem monetária e econômica das nações hegemônicas”. LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 20 jul. 2011.

⁷ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, Günther entende “os discursos de fundamentação (justificação-aplicação) do direito pelo exercício de uma livre, natural e atomística liberdade (em si) organizativa (coerente) da fala entre comunicantes (assembléias), bem assim de horizontes de suposta comunhão prévia de sentidos intersubjetivamente inferidos de contextos sociais estabilizados (Rorty-Habermas)”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 104.

⁸ Habermas defende a existência de democracia nos três modelos de Estado de Direito: Liberal, Republicano e Proceduralista (Democrático). De acordo com o filósofo, a democracia liberal é estruturada por privilegiar os *interesses privados (particulares)*, cujos critérios são orientados pela estrutura de mercado. A democracia republicana, por sua vez, visa a privilegiar não somente o particular, mas pretende implementar, através do aparato administrativo-governativo, políticas sociais de atendimento de interesse de todos e para todos. A democracia proceduralista, tentando escapar dos modelos extremos “privado x público”, propõe uma terceira via, um modelo de Estado democrático que se estrutura pela interação dos paradigmas anteriores. Uma sociedade que se desenvolve a partir dos pressupostos histórico-ideológicos dos Estados que a antecedeu. Nesse tom, esse novo modelo de Estado cria a *sociedade civil*, cujas origens normativas remontam-se na *burguesia liberal* e na *sociedade política republicana*. Nesse tom, o proceduralismo habermasiano cria um espaço aberto, “*esfera pública*”, para a construção de uma constitucionalidade, neste caso, a democrática de direito, fundamentada em padrões éticos, sociais, morais e culturais do *mundo da vida* (sociedade pressuposta). HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 1995, p. 107-121. Sobre as críticas referentes à democracia habermasiana, remete-se o leitor ao “Capítulo 3, Item 3.1” desta dissertação.

⁹ De acordo com as pesquisas científicas de Rosemiro Pereira Leal, Ágora grega é um espaço público que “cria uma dimensão sinérgica de pessoas autoconscientes (**paidéia**) de pertencerem a polys: o **ser político-coletivo** que se identifica pela discursividade decisória em critérios da fala persuasiva”. LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004, p. 02. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 20 jul. 2011. A paidéia, por sua vez, exterioriza a “*natureza humana*” e a atitude do homem perante a cultura. Trata-se da realidade, de um conhecimento fundamentado em costumes, em ideais de bom e justo, ou seja, em argumentos supostamente válidos pela lei do cosmo, “*Norma Suprema*”, que tem por objetivo levar a paz à alma dos homens. Sobre esses estudos, conferir: JAEGER, Werner. **Paideia**: los ideales de la cultura griega. 10. ed. Tradução de Joaquín Xirau e Wescleslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 677-678; 693-695.

a *sociedade civil*, como, por exemplo, a elaboração de um novo Código de Processo Civil¹⁰. Respectiveos “*encontros*” são imperiosos para se produzir o que se denomina, pelo dogmatismo jurídico, “*direito democrático*”.

Essas “*reuniões*”, para se discutir fatos históricos, sociais e culturais propiciam, para os habermasianos¹¹, a criação de um espaço (desprocessualizado) de produção de um direito democrático. Contudo, o que se tem observado é que essas “*mobilizações sociais*”, além de não diminuírem os níveis de conflitos na contrafactualidade, não possuem demarcação pelo discurso crítico e argumentativo no eixo paradigmático-epistemológico do **devido processo**, o que descaracteriza a produção de um **direito processual democrático**, comprometido com a democracia conjecturada pela Constituição brasileira de 1988¹², conforme esclarece Andréa Alves Almeida:

*Não se exercita a democracia por meio de movimentos sociais, lutas de classes, pois a democracia não se define pela vontade da maioria, é exercitada e construída incessantemente, continuamente por meio da discursividade (dialogicidade) balizada pela processualidade (isonomia, contraditório, ampla defesa)*¹³.

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.046, 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

¹¹ Para Habermas, a fala é inerente ao entendimento, na perspectiva de um “*paradigma da compreensão mútua*”, por isso afirma: “*Enquanto o falante e o ouvinte se entendem frontalmente acerca de algo num mundo, eles movem-se dentro do horizonte do seu mundo de vida comum e este continua a ser para os intervenientes como um pano de fundo intuitivamente conhecido, não problemático, indismembrável e holístico. A situação do discurso é, no que respeita à temática respectiva, o excerto de um mundo da vida que tanto constitui o contexto como fornece os recursos para o processo de compreensão. O mundo da vida forma um horizonte e ao mesmo tempo oferece uma quantidade de evidências culturais das quais os participantes no acto de comunicar, nos seus esforços de interpretação retiram padrões de interpretação consentidos. Também as solidariedades dos grupos integrados por valores e as competências de indivíduos socializados são, tal como os princípios culturalmente adquiridos, componentes do mundo da vida*”. HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antônia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 278-279.

¹² “*O postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (...) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 131.

¹³ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 116.

Isso porque os conteúdos normativos da democracia constitucional contemporânea não guardam quaisquer similitudes com a paidéia grega, instituída pela *polys* no século IV a.C., aproximadamente. A democracia paidéica se caracterizava pela reunião de sábios (cidadãos portadores de virtudes (“*certas excelências; areté*”)) que, “*en le centro de la ciudad, en la plaza del mercado (...) sentados en pulidas piedras y en círculo sagrado*”, decidiam os rumos dos demais cidadãos da cidade. A participação na vida pública, na paidéia grega, destinava-se aos cidadãos portadores de atributos *isonômicos* concedidos pela *physis* (natureza), isto é, “*certas*” faculdades que o indivíduo deveria portar consigo para ser reconhecido como um cidadão perfeito e, portanto, partícipe ativo da vida política da *polys* – espaço público indemarcado¹⁴.

A democracia constitucional brasileira, por outro lado, assegura, pelos conteúdos da *isonomia processualizada* (eixo hermenêutico demarcado pelo **devido processo**), o ingresso de “*todo legitimado ao processo*”¹⁵ no plano instituinte, constituinte e constituído da norma, garantindo, a qualquer do povo, a igualdade perante a lei (*isotopia*), igualdade para interpretar a lei (*isomenia*) e igualdade para criar, modificar, interpretar e extinguir a lei (*isocrítica*)¹⁶.

Entrementes, conquanto a Constituição assegure ao legitimado ao processo o “*direito-de-ação coextenso ao procedimento*”¹⁷, nos três níveis da normatividade¹⁸, isto é, no momento da construção, aplicação, modificação e extinção do direito, ainda assim a *ciência dogmática do direito* radicaliza a autoridade solipsista¹⁹ no exercício das atividades judicial, executiva e administrativa²⁰. Não é à toa que nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem realizado *audiências “públicas”* para

¹⁴ Sobre a *paidéia grega*, conferir: JAEGER, Werner. **Paideia**: los ideales de la cultura griega, p. 84-85; 107-116.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 44.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 61.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 86.

¹⁸ Vide nota de pé de página de número 46.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 32.

²⁰ Na *pós-modernidade* é inconcebível admitir a concepção de tripartição de poderes, ainda mais exercidos, solipsisticamente, pelo Estado. Com o advento da Constituição Democrática de 1988, tem-se que o *poder* é uno, tendo sua fonte exclusiva no povo. Nesse tom, o Estado exerce suas precípua funções (seja no âmbito executivo, legislativo ou judiciário), mediante outorga do povo, que é o único legitimado pelo processo para atuar e fazer atuar a lei. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 63. Infere-se, portanto, que referidas atividades somente podem ser compreendidas “*como sistemas ou complexos de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado*”, e não como poderes conferidos ao ente mítico “*Estado*”, hábeis a manejar, estrategicamente, os setores da sociedade. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 22.

discutir e decidir, entre os *especialistas*, o destino dos destinatários ao processo sem, contudo, acolhê-los no espaço jurídico-procedimental discursivo²¹.

As “*audiências públicas*”, de acordo com o entendimento das autoridades, são convocadas para discussão de temas de “*grande repercussão na sociedade*”, como aconteceu, por exemplo, nos julgamentos das células-tronco embrionárias, dos territórios dos indígenas e sobre a adoção de critérios raciais para reserva de vagas no ensino superior²². Contudo, como explicitado alhures, essas denominadas “*audiências públicas*” inauguram um espaço indemarcado (desprocessualizado), em que a *sociedade civil* cria, modifica ou extingue direitos para os cidadãos excluídos da fruição de direitos sócio-político-econômicos²³.

Nesse viés dogmático, os consensos são obtidos pela interação entre falantes e ouvintes (agir comunicativo na esfera pública habermasiana²⁴), “*representantes da sociedade civil*”, que conduzem o destino dos “*fora-da-lei*”²⁵ (os fora da fruição dos direitos fundamentais), baseados em argumentos justificados na *conveniência* e na *equidade*. Infere-se, portanto, que a democracia aqui é paidéica, fixada em padrões da “*democracia*” do Estado Liberal de Direito, que legitima a padronização de decisões por súmulas vinculantes, produzidas pelos critérios enunciativos

²¹ A *ciência jurídica dogmática* recepiona a concepção de direito engendrada por Ronald Dworkin, que o vislumbra na perspectiva do julgador, no ambiente da pragmática judiciária. Nessa vertente, no âmbito de um conjunto de “*práticas jurídicas*” interpretadas pelo juiz que, com fundamento na *regra da precedência* (jurisprudência) ou de um sentimento de produzir uma *melhor prática possível*, é desenvolvido um raciocínio jurídico (solipsista) apto a criar, modificar e extinguir direitos para a *comunidade jurídica*, que os recebe como se fossem concessões ou interdições irrepreensíveis, uma vez que dadas por um “*intérprete autêntico*” dos primados (princípios) da *justiça* e da *equidade*. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Observa-se que este direito, comumente praticado nos tribunais do Brasil, não tem qualquer vinculação com um **direito processual democrático**, aos moldes defendidos nesta pesquisa.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Recurso Extraordinário n.º 597.285. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, 05 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

²³ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, esse *espaço político* desprocessualizado é o “*mundo da vida*”, onde resplandece o *agir comunicativo habermasiano* em que a “*linguagem é inerente ao entendimento conduzido por uma história*”, na qual a inclusão dos excluídos (despatrimonializados) se faz por “*inteligências salvacionistas*” de um Judiciário, Executivo e Legislativo sensíveis aos problemas sociais dos carentes em direitos fundamentais. LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 78.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade, v. 2, p. 99-107.

²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 42.

(dogmáticos) da “*repercussão geral*” do recurso extraordinário e do julgamento do recurso especial representativo para demandas repetitivas²⁶.

Como se depreende, as decisões com substratos (efeitos) *erga omnes* são elaboradas em recinto blindado, onde a parte (destinatária normativa) se mantém “*perante a lei*”, como no conto de Kafka²⁷, não podendo nela entrar para usufruir em seus conteúdos *isocríticos* da *isonomia processual*²⁸. Verifica-se, destarte, que a democracia conjecturada, bem como o direito elaborado, não tem comprometimento com o eixo epistemológico da Constituição brasileira de 1988, de vez que a modulação pragmática nega vigência ao **devido processo** (aos moldes de uma teorização democrática pelo processo, na perspectiva da Lei Constitucional e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo) e obstrui o controle de constitucionalidade nos planos instituinte, constituinte e constituído da normatividade, o que é uma agressão teórica e impeditiva de enunciação de uma ciência jurídica contemporânea, formalizada pelos conteúdos processuais, linguísticos e autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia²⁹.

Forte nesse raciocínio, apreende-se que o Supremo Tribunal Federal, prestigiando os argumentos de dominação (verdades absolutas, obtidas por repetições doutrinárias³⁰ e jurisprudenciais: *lógica geral*³¹) é tido, garbosamente, como o intérprete único, último e autêntico da Constituição, *in verbis*:

²⁶ Artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil e artigos 990-995 do Projeto de Lei 8.046/10.

²⁷ KAFKA, Franz. Diante da lei. In: KAFKA, Franz. **A Colônia Penal**. v. 7. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2007, p. 71-72.

²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 61.

²⁹ Sobre o estudo do processo na perspectiva Neoinstitucionalista, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 13 nov. 2011.

³⁰ É muito comum encontrar doutrinas de direito constitucional que acolhem a prerrogativa privativa do judiciário no controle de constitucionalidade das leis; seja pela via difusa, que permite “*a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição*”; seja pelo controle concentrado, em que se atribui ao Supremo Tribunal Federal a “*exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade*”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 608; 626. Contudo, após a Constituição brasileira de 1988, a decisão não é soberana pelo motivo de ser imposta por autoridades, mas por ser uma construção compartilhada com o destinatário normativo do procedimento instaurado pelo *direito-de-ação*, que é garantia constitucionalizada e incondicionada de toda *comunidade jurídica (povo)*, que tem o direito de realizar escolhas e decidir o seu próprio destino. Conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 13-16. Seguindo esse raciocínio, *in verbis*: “*O que se propõe é que a questão do controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei, passe por um redimensionamento no sentido de ser praticado, à efetividade democrática, a partir do devido processo legal no espaço de produção das leis*”. DEL NEGRI,

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O **MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de **decidir, em última análise**, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que **"A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la"**. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo **Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição"** (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a **singular prerrogativa** de dispor do **monopólio da última palavra** em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental³². (grifos acrescentados)

Da análise da decisão reproduzida, vislumbra-se que os rumos da existência jurídica, inclusive *extra legem*, são ditados pela *assembleia de especialistas*³³, que cria *sentidos para a lei* para modificar, extinguir ou até mesmo *“atualizar o direito à realidade fática”*. Contudo, deixa de observar os critérios teóricos enunciativos que orientaram, hermeneuticamente, a elaboração da Lei Constitucional e que, por isso, devem ser acolhidos como *referentes-lógicos* no ato da *aplicação-interpretação* do direito.

Infere-se, portanto, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal coaduna com os *“postulados máximos”* da *ciência jurídica dogmática*, uma vez que seus pronunciamentos sequer são passíveis de refutação. Por efeito da falácia, *“jurisprudência dominante”*³⁴, não se admite a fiscalidade dos atos judiciais pelo

André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 100.

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 152-157. Vide, também, *“Item 2.3.2”* desta pesquisa.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26603/DF (Distrito Federal). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 241, 19 dez. 2008, p. 318.

³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

³⁴ Argumento de autoridade que pode ser considerado trivial ou expressão corriqueira, uma vez que presente em incontáveis acórdãos e decisões de tribunais de todo país; inclusive, respectiva *doxa* ganhou *“força de lei”* e tornou-se regra infraconstitucional (diga-se de passagem, *inconstitucional*) para impedir o acesso à jurisdição, como se pode inferir dos artigos 557 e 888 do Código de Processo Civil e do Projeto de Lei 8.046/10, respectivamente, que conferem *poderes* ao julgador de negar seguimento ao recurso se frontalmente contrário à súmula ou jurisprudência dominante. No mesmo sentido, o artigo 518 do Código de Processo Civil que determina não seja recebido o recurso de apelação se a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de

destinatário normativo, pois os entendimentos são formados a partir da *consciência do julgador*, concebidos como *proposições racionais e verdadeiras*, por isso não se ofertam à crítica.

Esta *praxis* é reiteradamente praticada, conforme se infere da transcrição: “A *relativização do entendimento sumulado só é admitida por este Tribunal em casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na espécie. Precedentes*”³⁵. Como se infere, não se admite o enfrentamento crítico-argumentativo do legitimado ao processo no âmbito da interpretação-aplicação da norma. As decisões proferidas não são construídas pela parte, destinatária normativa, mas sim impostas pela ditadura da consciência (“*entendimento sumulado*”), por isso os argumentos são irrefutáveis, o que contribui para a radicalização da autoridade e sacralidade do julgador³⁶.

Nesse mesmo sentido, veja como o Supremo Tribunal Federal, em outro julgamento, despreza o plano instituinte da norma e projeta a interpretação do direito para um plano desprocessualizado, o “*mundo da vida*”. Observa-se que o “*intérprete autêntico*” (julgador) concretiza a interpretação do direito na aplicação da norma ao caso concreto (“*realidade*”), conferindo sentido (razão) à lei com base somente no nível instituído da normatividade. Como se vê, não há perquirição continuada da lei, pelos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia com o retorno nos três níveis de *construção-reconstrução* da normatividade. O que nos é concedido é uma imposição do sentido normativo pela razão prescritiva do Tribunal Constitucional, que interpreta o texto pronto e acabado (verdade absoluta), como se os sentidos pudessem ser extraídos de uma vontade histórico-cultural, ou seja, da denominada “*realidade fático-social*”.

Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Seguindo essa ótica dogmática, o artigo 307 do novo Código de Processo Civil confere *poderes* ao juiz para julgar, liminarmente, improcedente o pedido se a matéria de direito postulada em juízo contrariar súmula ou acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 110596/MT (Mato Grosso). Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 217, 16 nov. 2011.

³⁶ Em crítica à *ciência dogmática do direito*, praticada pelo Supremo Tribunal Federal, André Del Negri aponta: “Se a Constituição de 1988 reconheceu o Povo como titular da soberania, não há motivo para excluí-lo das correções da lei (controle de constitucionalidade nos níveis de produção). Assim, exercer um controle de constitucionalidade sem a participação do Povo é abolir o paradigma adotado e viver a ilusão de um controle de constitucionalidade democrático sem o povo”. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 104.

Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida³⁷. (grifos acrescentados)

Contudo, no adiantado grau da ciência contemporânea, é preciso esclarecer que o direito, no Brasil, é (ou “deve-ser”) criado pela *comunidade jurídica*, que também institui a sociedade, sem, no entanto, estarem condicionados a pressupostos históricos. Isso é a *pós-modernidade*, ou seja, “*um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores*”³⁸, o que assegura uma autonomia jurídica para enunciação de uma teoria *linguístico-jurídico-procedimental*, aos moldes do processo na Teoria Neoinstitucionalista, para demarcar o discurso construtivo de um “*dever a ser*”.

Nesse tom, o **devido processo** é espaço *construtivo-reconstrutivo* da **lei** que, por sua vez, é um *texto jurídico-articulador* criador, modificador e extintivo de *existências jurídicas* inclusivas de toda a *comunidade jurídica*. Ao povo, portanto, é garantido, pela *facultas agendi*, o direito de testificar, reenunciar ou até mesmo refutar o direito produzido – “*ação jurídica como exercício da cidadania*”, realizada pelo ingresso procedimental nos conteúdos autoilustrativos do contraditório, ampla defesa e isonomia³⁹. Não se pode olvidar que não haverá diminuição dos níveis de conflitos na contrafactualidade se não assegurar a fiscalidade continuada no sistema, por todo aquele que é legitimado ao processo⁴⁰.

É por isso, e com apoio no *fundamento constitucional da “soberania do povo”*, defende-se o controle de constitucionalidade das leis, com o ingresso de toda a

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º: 153/DF (Distrito Federal). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 145, 06 ago. 2010, p. 11.

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 35.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia*, p. 02.

⁴⁰ “*Portanto, mensurável é o procedimento que, em sendo a estrutura técnica regida ou regida-atuada pelo PROCESSO, comporta uma ratio interlocutória de durabilidade (relação jurídica espaço-temporal) que só pode ser uma RAZÃO egressa dos conteúdos da LEI (ratio-legis) processualmente produzida ex-ante e que só é célere enquanto EFETIVO (assegurador de eficiência sistêmica redutora da massa de conflitos nas bases políticas da comunidade jurídico-democrática de direito)*”. LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*, p. 13.

comunidade jurídica nos três planos da normatividade (instituinte, constituinte e constituído) e não somente após a publicação da lei, como sustenta o Supremo Tribunal Federal que, por apresentar posicionamento antidemocrático, mereceu acertadas críticas de André Del Negri:

(...) o que mais se lamenta, é saber que só poderá haver um controle de constitucionalidade jurisdicional, no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (desobediência às normas regimentais), quando leis, atos normativos ou emendas à Constituição já estiverem aprovados e publicados só impugnáveis pelas ações de inconstitucionalidade cativas a esferas privilegiadas da Comunidade Jurídica que, nessa hipótese, é não democrática de direito.

(...) deve ser registrada, como inovação importante, em face do processo brasileiro de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, uma declaração irrestrita de inconstitucionalidade para expurgar violação a direitos fundamentais, restabelecer o princípio da supremacia da Constituição e fiscalizar o Processo de legitimação da lei⁴¹.

Como se depreende da testificação da *ciência jurídica dogmática*, praticada no Brasil, o direito produzido assume características de *falsa legitimidade democrática*, pois não há qualquer vinculação ao plano instituinte da normatividade, que escolheu como teoria *construtiva-reconstrutiva* da lei o **devido processo**. Assim, para refutar essa ideia de *falsa legitimidade do direito*, bem como apontar qual é o paradigma teórico que garante a legitimação de um **direito processual democrático** no Estado brasileiro, imperioso testificar as doutrinas do direito, conjecturadas pelas escolas tradicionais que, durante séculos, muito contribuíram para sua dogmatização.

2.2 Investigações teóricas das vertentes doutrinárias nas escolas jurídico-processuais

A dificuldade científico-epistemológica em demarcar o estudo de um **direito processual democrático** advém de escolas jurídico-processuais que situam o direito em recintos cosmológicos, sociológicos e universalizantes. É preciso, pois, realizar um percurso histórico nas compreensões pressupostas, que servem de base para a construção de um direito dogmático (de dominação), cegamente praticado no Brasil (manuais de direito, jurisprudência, leis autocráticas), para, posteriormente,

⁴¹ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 105.

refutá-las. Assim, criticamente, formalizar-se-á a revisitação crítica das vertentes doutrinárias, visando à projeção de uma nova teoria, encaminhadora de um direito legítimo, democrático e fiscalizável.

2.2.1 Escola idealista

A doutrina⁴² que embasa a escola idealista (séculos XVII e XVIII) compreende o direito como algo transcendente ao homem, emergente dos significados cosmológicos e universais, fundamentantes da denominada *natureza*⁴³ *jurídica das coisas*. O direito, nesse viés, exterioriza os fatos alheios à vontade dos homens, que não podem criá-lo, modificá-lo ou extingui-lo⁴⁴, mas, tão somente, reproduzi-lo.

Nesse tom, para a escola do direito natural, o homem já nasce portador de direitos inalienáveis, *verbi gratia*, vida, liberdade⁴⁵ e igualdade – ideários fetichizados pelos jusnaturalistas Pufendorf, Locke, Leibniz, Montesquieu e Rousseau, que fundamentaram, teoricamente, movimentos sociais, tais como a Revolução Inglesa (século XVII) e a Revolução Francesa (1789), bem como orientaram a positivação⁴⁶

⁴² O termo “doutrina” será utilizado nesta pesquisa como “*algo afirmado e não esclarecido*” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 08), isto é, são repetições realizadas ao longo dos séculos, pela *ciência dogmática do direito*, sem qualquer comprometimento com o “*método de experiências e eliminação de erros*” (método crítico popperiano). POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 27.

⁴³ De acordo com Bobbio, a concepção de “*natureza*” abrange, “*em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda a parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura entender a realidade do universo, não depende do fazer humano; todos os seres e eventos que, tendo ‘em si mesmos o princípio do movimento’, nascem, desenvolvem-se e morrem de acordo com leis que o homem não formulou nem pode alterar*”. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 28.

⁴⁴ Esclarece Michel Mialle que a filosofia do direito natural advém de Aristóteles e São Tomás de Aquino, que compreendem o direito como algo a ser extraído da natureza, pela observação das leis do universo, que devem se adaptar ao mundo, que está em constante evolução. O esforço dessa adequação, na perspectiva jusnaturalista, é realizado pelos “*prudentes, práticos do direito*”, que o fazem com o intuito de produzir “*juris-prudência*”. MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 260.

⁴⁵ Rousseau, expoente da escola idealista, sustenta que a “*liberdade é uma consequência da natureza do homem*”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 24.

⁴⁶ Conforme esclarecimentos ofertados por Rosemiro Pereira Leal, *positivar* (“*pós-ativar*”) é homologar uma realidade; é ratificar situações fáticas, existentes antes do plano instituinte da norma. A *positivação* assegura aos pertencentes da *sociedade civil* (os patrimonializados) a confirmação legal (legitimidade formal) para fruição de direitos, já, supostamente, conferidos aos sujeitos pela razão natural. A crítica formalizada pelo autor testifica a *legitimidade normativa do direito positivado*, pois, na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo e da Constituição brasileira de 1988, o simples passar pelo processo legislativo não confere legitimidade normativa democrática ao direito, pois em Estados autocráticos também se verifica a existência de uma função legislativa, e, por conseguinte, um “*processo*” (leia-se “*procedimento*”) legislativo. Contudo, o direito produzido não é democrático, tendo em vista que o paradigma (teoria) escolhido para

dos direitos, concebidos como “*pretensões de validade universal*”⁴⁷, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)⁴⁸.

Infere-se que nesse contexto o direito é atributo da *falácia naturalista*⁴⁹, em que pretensões de verdades absolutas são válidas e legítimas pela observação da natureza e seu encaixe perfeito (mimese) à facticidade. Isto é, o direito é inato à existência humana, não se perquire, em padrões de “*conhecimento objetivo*”⁵⁰, os fundamentos originários desse direito – o fato de nascer com vida já assegura ao destinatário a fruição de direitos, o que, para a doutrina idealista, é o satisfatório.

Assim, ao conjecturar o que é *decidir conforme a legalidade*, no viés doutrinário apresentado, vislumbra-se a radicalização das *formas puras de dominação*⁵¹, de vez que a interpretação e aplicação da lei da *physis* (idealidade extra-mundana⁵²) à realidade se faz pela razão prescritiva, imposta “*pelo poder soberano*”, primordialmente quando a lei natural não normatiza determinada situação (que Locke denomina de “*coisas indiferentes*”), confere-se a incumbência à

produção do direito, no plano *instituinte* da norma, não é o instituto do **devido processo**. Nesse tom, Rosemiro Pereira Leal problematiza que a história não é condutora da produção do direito (da “*paz eterna*” e do “*destino dos homens*”). Ao contrário, as condições históricas devem ser problematizáveis, testificáveis por teorias rivais, ágeis à criação de existências jurídicas que incluem *todos*, inclusive os *despatrimonializados*. O direito, portanto, na vertente *pós-moderna*, é vislumbrado nos três planos: *a) Instituinte* (nível anterior à criação do direito; é o momento de testificar as teorias rivais para adotar aquela que melhor se sobressaiu à crítica – para realizar tal escolha exige ser portador de teorias); *b) Constituinte* (trata-se do *constitucionalizar* (*co-institucionalizar*); articular instituições; espaço de tempo procedimental em que se desenvolve o discurso jurídico compartilhado, em contraditório, ampla defesa e isonomia); *c) Constituído* (é o plano em que se obtém o provimento final, decorrente do debate dialógico ocorrido no plano *constituente*, tendo em vista a teoria escolhida no nível *instituinte*. Por isso a afirmativa de Rosemiro Pereira Leal de que o direito publicado presta obediência aos *planos instituinte e constituente da norma*, sendo, em virtude disso, direitos fundamentais *líquidos e certos*). Esses esclarecimentos foram extraídos da aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 26 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Essas lições são ofertadas, também, nas seguintes obras científicas: LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil*. LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**.

⁴⁷ BRAUN, Edmund. Karl-Otto Apel: pragmática transcendental como transformação semiótico-normativa da filosofia transcendental. In: HENNIGFELD, Jochem; JANSOHN, Heinz (Orgs.). **Filósofos da atualidade**. Tradução de Ilson Kaiser. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2006, p. 223.

⁴⁸ Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 08-09. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**, p. 35.

⁴⁹ HEDIAK, Karla. O problema da falácia naturalista para o projeto de uma ética evolucionista. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, p. 147-157, jan./jun. 2006.

⁵⁰ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, 1999.

⁵¹ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel. (Org.). **Max Weber**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 128-141.

⁵² LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia*.

autoridade de *poder-dever* interferir e decidir o dissenso apresentado, normatizando os *furos de linguagem* não previstos pelo direito natural⁵³.

Como se depreende, o *jus idealismo* é fonte de direito do Estado Liberal, que é válido e legítimo por estar codificado (legitimidade formal). Nesse tom, é permitido (princípio da legalidade) decidir por analogias, costumes, princípios gerais de direito, meios moralmente legítimos, de vez que o ordenamento jurídico é a representação positivada dessa razão natural, que pauta seus ideários imutáveis em máximas universalizantes de critérios de bom, justo, verdade ou moral⁵⁴. Interessante, nesse momento, estabelecer um contraponto: a Constituição brasileira de 1988, por previsão normativa, impõe a *reserva da lei* como condicionante à legitimidade, validade e eficácia do provimento final. Assim, pelo princípio da legalidade, o destinatário normativo somente está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei. Contudo, permanecem inalteradas no ordenamento jurídico regras infraconstitucionais⁵⁵ frontalmente contrárias à Lei Constitucional⁵⁶, que permitem ao

⁵³ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**, p. 94-5.

⁵⁴ Conforme Bobbio, o direito natural deriva da “*natureza das coisas*”, baseia-se em critérios de universalidade, imutabilidade e é conhecido através da razão humana. “*Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia*”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 22-23.

⁵⁵ Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (permite que nos casos de omissão da lei, possa o juiz decidir de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais do direito); Artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil (confere ao juiz poderes para suplantar lacunas por analogias, costumes, princípios gerais de direito, equidade); Artigo 131 do Código de Processo Civil (assegura ao juiz apreciar livremente a prova); Artigo 332 do Código de Processo Civil (prescreve que os meios de prova “*moralmente legítimos*” são hábeis para provar a verdade dos fatos); Artigo 335 do Código de Processo Civil (dispõe que na falta de normas jurídicas o juiz aplicará “*regras da experiência*”). A presença desses dispositivos no ordenamento jurídico não é incoerente se analisado historicamente. As regras citadas foram elaboradas antes da publicação da Constituição brasileira de 1988, portanto, compatíveis com outro viés constitucionalizado (Estado Social de Direito). Assim, após a promulgação da Lei Constitucional de 1988, entende-se que na aplicação (interpretação) das regras, impõe-se uma hermenêutica compatível com a constitucionalidade vigente. Entretanto, nos parece que a principiologia constitucional democrática é inobservada, mesmo após 23 (vinte e três) anos de Constituição, pois o Projeto de Lei 8.046/10 fora elaborado sob mera repetição das mencionadas regras jurídicas (vide artigos 119, 120, 353, 355, 361). Como se depreende, não há uma perquirição crítica-científica referente aos fundamentos criativos da lei, simplesmente repete-se doutrina afirmada durante séculos (*ciência dogmática do direito*), sem qualquer comprometimento com o esclarecimento científico do direito produzido. Conforme Rosemiro Pereira Leal, estamos elaborando um *direito juricizante*, isto é, “*pós-ativo*”, que chancela a história e a realidade, quando o processo democrático projeta a criação de um *direito juridificante*, construtor de uma nova existência jurídica problematizada, compatível com o paradigma contemporâneo, que pressupõe a testificação continuada dos institutos jurídicos, criados em contraditório, ampla defesa e isonomia (**devido processo**). Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, 2002.

⁵⁶ Não há sequer se cogitar que regras infraconstitucionais, elaboradas anteriormente à Constituição brasileira de 1988, para se considerarem explicitamente revogadas necessitam da declaração legislativa ou judicial (controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado)). Ora, preceitos que

magistrado julgar, solipsisticamente, em parâmetros *extrassistêmicos* só auferíveis por meio de uma razão natural prescritiva – o que contrapõe, em todos os termos, à principiologia jurídica do **devido processo** constitucionalizado e, por conseguinte, à concepção de legitimidade democrática do direito brasileiro⁵⁷.

2.2.2 Escola realista

O realismo jurídico, objetivando a racionalidade do ordenamento jurídico, entende que a única fonte de direito é a razão humana, produtora da lei⁵⁸. Nesse viés, pretende-se uma ruptura com o idealismo jurídico dogmático: o direito se desamarra das concepções divinatórias⁵⁹ para ter como origem única e exclusiva a consciência do homem⁶⁰. O direito, portanto, é válido e legítimo porque fora elaborado por “*seres racionais*” (autoridades), que criam regras escritas e obrigatórias, em determinado contexto histórico, para específica sociedade⁶¹ – trata-se, pois, da *doutrina positivista*⁶², neste estudo denominado *lato sensu*.

se apresentem conflitantes com a ordem constitucional vigente, por ela não são recepcionados, portanto, são, imediatamente, expurgados do ordenamento jurídico, dada a supremacia da Constituição sobre todas as demais regras. Por outro vértice, ainda que se admita a existência (presença) de tais comandos normativos, sua interpretação deverá ser realizada *conforme a Constituição*, do contrário, corre-se o risco de se escamotear toda a principiologia jurídica da constitucionalidade vigorante.

⁵⁷ Remete o leitor ao “Item 3.2” desta pesquisa.

⁵⁸ “A lei escrita, criada por ato de autoridade especialmente constituída com essa finalidade, ou por autoridade reconhecida como legítima para tanto, transforma-se na principal fonte do Direito que passa, assim, por uma fase de afirmação normativa”. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 35.

⁵⁹ O direito natural é “norma fundada na prévia vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. 25.

⁶⁰ De acordo com Francis Wolff, *razão*, enquanto atributo da essência humana é *mito*, de vez que essa doutrina apenas converte a razão histórica, metafísica, advinda do sistema universal ou ditada por uma autoridade mítica, em atributo do ser humano que o diferenciaria dos demais seres, por possuir a característica “racional”. Conforme o autor, essa razão intrínseca ao homem não designa a “passagem do mito à razão”, nem delimita seu nascimento (origem), ao contrário, estabelece sua crise, a “crise da razão”. Nesse tom, a razão, no vértice apresentado, somente pode ser vislumbrada por “sistemas de pensamento”, que rompe com um saber autoritário, mítico, persuasivo e se formaliza em “campos de conhecimento, que supõem, implicitamente, novos modos de validação e reconhecimento dos discursos”. WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 68 (vide, também, páginas 66-82).

⁶¹ “Essa intervenção, dita racional ou inteligente, no direito positivado na sociedade é que, sobre o invólucro humanista, pretendeu, com as mesmas vestes da razão deificada (estruturada por uma lógica de arquétipos, enteléquias, cânones, categorias puras) exorcizar o mito cósmico do idealismo, quando, ao contrário, o realismo jurídico nada mais estava fazendo do que trocar um mito por outro, onde, numa guinada antropomórfica, Deus assumiria a forma humana e desistiria, a

Pelo critério taxionômico (o *positivismo jurídico* tratado como *gênero*), a validade do ordenamento jurídico, para esta concepção doutrinária, está na “*existência específica da norma*”⁶³ que, em seu ato de criação observou a hierarquia normativa (“*escalonamento do ordenamento jurídico*”⁶⁴), bem como emanou-se de autoridade competente – isso, inclusive, assegura a legitimidade normativa. Contudo, alguns doutrinadores compreendiam que o direito necessitava de algo mais, ou seja, além de ser válido, era imprescindível que fosse eficaz⁶⁵ (classificado nesta pesquisa por *positivismo jurídico stricto sensu* (isto é, *positivismo jurídico sociológico*); “*espécie*” do “*gênero*”). Este atributo (eficácia), que há de ser conferido ao direito, é extraído da observação da realidade⁶⁶: os fatos sociais são empiricamente normatizados pela consciência humana, criadora do direito a partir da extração de sentidos da facticidade (mundo da vida⁶⁷) – *sociologia jurídica*.

É, portanto, por força dos requisitos de validade e eficácia (social) do direito que o positivismo jurídico sociológico se estrutura. A sociologia, de acordo com Durkheim⁶⁸, erigiu-se com Auguste Comte⁶⁹, na França, e tem por objeto de estudo

partir daí, de ser Deus”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 10.

⁶² “*De facto, o positivismo – sobretudo no ensino superior jurídico – conduziu a um certo ‘fetichismo’ da lei e a uma atitude que, sob pretexto de neutralidade científica, conduzia frequentemente à aceitação da ordem em vigor, contando que esta ordem esteja ‘corretamente’ estabelecida, quer dizer, de acordo com os processos legais em vigor*”. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 277-278.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 4. ed. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 102.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. 142-144.

⁶⁶ De acordo com Michel Mialle, a ciência jurídica sociológica é uma “*ciência histórica e de observação*”, por isso afirma-se que o direito é extraído dos fenômenos sociais que, por sua vez, produzirão leis que regerão a sociedade como um todo. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 283-235.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade, v. 1, p. 22.

⁶⁸ DURKHEIM, Émile. *In*: RODRIGUES, José Albertino. (Org.). **Émile Durkheim**: sociologia. 5. ed. Tradução de Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 1990.

⁶⁹ Auguste Comte estuda os “*fenômenos sociais*”, atribuindo a eles a capacidade de fundamentar a criação de leis, aptas a regulamentar as ações do mundo exterior. Observa-se nas obras do autor que o progresso da humanidade está nas “*ciências sociais*”, que tem por objetivo esclarecer os sistemas do passado, bem como realizar projeções para o futuro com base na realidade, que é especulável por “*três estados sucessíveis*”: teleológico (“*ficções espontâneas desprovidas de quaisquer provas*”); metafísico (“*abstrações personificadas ou entidades*”); positivo (“*fundamentado numa exata apreciação da realidade exterior*”). De acordo com Comte, “*o primeiro regime, embora puramente provisório, constitui em toda parte nosso único ponto de partida; o terceiro, o único definitivo, representa nossa existência normal; quanto ao segundo, comporta apenas influência modificadora, ou melhor, dissolvente, que o destina somente a dirigir a transição duma a outra constituição. Tudo começa, com efeito, sob inspiração teológica, para desembocar na demonstração positiva, passando pela argumentação metafísica. Desse modo, uma mesma lei geral nos permite de agora em diante abarcar ao mesmo tempo o passado, o presente e o futuro*”

a observação dos fatos sociais, sendo o direito, portanto, um fenômeno explicativo real (verdadeiro) da sociedade⁷⁰. Oportuno ressaltar que a sociologia jurídica tem como ápice de reflexão um momento peculiar, principalmente na Inglaterra (século XIX), onde o momento histórico é marcado pela luta de classes, que tem como cerne da questão o capitalismo (Revolução Industrial)⁷¹.

Coerente com esse raciocínio erigem-se seguimentos doutrinários de destaque, encampados, primordialmente, por León Duguit⁷²: sociólogos que pensam o direito na perspectiva do homem e seu papel na sociedade, vislumbrando uma “*solidariedade social*” a partir do escopo “*função social do direito*”. Como pano de fundo a história inglesa, que vivenciava a movimentação da classe proletariada por melhores condições de vida em face da exploração e riqueza da burguesia capitalista⁷³, os positivistas sociológicos reconheciam no direito a possibilidade de estabilizar os dissensos fáticos ocorridos no cerne da sociedade⁷⁴. Nesse sentido, o fundamento social do direito repousa no contrabalanceamento dos elementos *necessidades, semelhanças e diferenças* entre os homens que convivem em um mesmo grupo social⁷⁵. Isto é, o direito “*deve-ser*” o garantidor de uma convivência

da humanidade”. COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. 5. ed. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 59 (vide, também, páginas 47-61).

⁷⁰ RODRIGUES, José Albertino. A Sociologia de Durkheim. In: RODRIGUES, José Albertino. (Org.). **Émile Durkheim: sociologia**. 5. ed. Tradução de Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 1990, p. 16-23.

⁷¹ “Com o advento das legislações sociais e o crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, surge uma linha doutrinária que, em face da percepção da luta de classes, acredita no direito como instrumento de transformação social”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 79.

⁷² DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho: público y privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1975, p. 180-182.

⁷³ Conforme Mialle, o “*aparecimento da ideia de solidariedade não é devido ao acaso: só é possível explicá-lo pela organização progressiva da classe operária. De facto, e o paradoxo não é senão aparente, é no momento em que a classe desfavorecida pelas relações capitalistas se organiza e começa a manifestar a sua força potencial, é, pois, em que a sociedade toma consciência da divisão profunda que a afecta, que a ideologia dominante cria uma nova ‘teoria’ capaz de dissimular esta situação e dar novos argumentos à manutenção do modo de produção capitalista*”. MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 282-283.

⁷⁴ “Os positivistas observam a história e as sociedades, como se estas fossem capazes, botanicamente, por si mesmas e por uma congênita e natural fenomenologia, de criar fatos tendentes a um fatal solidarismo ou gregarismo social, como queriam Durkheim, Duguit e Hayek, ao perseguirem um fundamento objetivo para o direito com base numa história inexplicada das sociedades. Essa visão utópica de **solidariedade** na medula das sociedades é que estabelece, para os positivistas, ligados às escolas histórica e sociológica do direito, uma acepção apriorística, absolutamente irreal, dos conflitos sociais que informam o direito elaborado pela dinâmica do **modo de produção social do direito** no capitalismo. Aliás, como diz A. Emmanuel, ao contrário do que pensam os positivistas, o capitalismo tem o seu fulcro, não no solidarismo, mas na troca desigual e na desigualdade econômica e de oportunidades, como pressuposto histórico de sua existência”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 11-12.

⁷⁵ DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho: público y privado**, p. 181.

mansa, pacífica e solidária entre os cidadãos da comunidade⁷⁶, para tanto, regulamenta as situações fático-jurídicas para assegurar a almejada estabilidade socioeconômica e política da sociedade⁷⁷.

Nessa conjuntura histórica, manifesta-se um novo modelo de Estado, o Social que, para realizar a “*função social do direito*”, propõe uma reestruturação na legislação e em “*alguns institutos jurídicos processuais*”⁷⁸, de vez que o Estado agora é instrumento e está a serviço da “*solidariedade social*”⁷⁹. Nesse tom, critérios políticos, morais, axiológicos são injetados no campo jurídico, competindo ao Estado soberano implementar os direitos fundamentais⁸⁰, visando a coesão social. Esse papel do Estado como “*engenheiro social*”⁸¹, a despeito de nossa discordância, *data maxima venia*, ainda hoje é sustentado, sendo aqui no Brasil representado pela escola paulista de processo⁸². A teoria de processo como relação jurídica propõe, conforme estudo realizado⁸³, a execução de políticas públicas pela via do processo jurisdicional que, nessa vertente, é conduzido pelo soberano (“*Estado-juiz*”) e concebido como instrumento da *jurisdição salvífica*⁸⁴ da sociedade órfã em direitos e garantias fundamentais⁸⁵.

⁷⁶ De acordo com Durkheim, “*podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social*”. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32.

⁷⁷ “*O realismo ensina que a realidade do direito pode ser empiricamente constatada e reconhece como relevante (realmente existente) aquilo que foi realmente decidido*”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 149-150.

⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 79.

⁷⁹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 285.

⁸⁰ “*O Estado teve de assumir as funções de agente conformador da realidade social em face do advento de uma sociedade de massas marcada por conflitos sociais. O aparelho estatal desempenhou, ainda, função socialmente integradora, ao pretender reduzir as desigualdades sociais e propiciar certas condições materiais para emancipação do indivíduo*”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 206.

⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 81.

⁸² Sobre esses estudos, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁸³ PENNA, Saulo Versiani. **Controle processual de políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 18.

⁸⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisdicional na “*sociedade órfã*”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In*: **Novos Estudos**, n. 58, nov. 2000.

Como se infere, ao processo confere-se o atributo *fin social*. Nesse sentido, o julgador, solipsisticamente, decide os melhores rumos para a sociedade, podendo, inclusive, relativizar ou até mesmo inobservar determinada regra, por entender sê-la injusta. Contudo, a *flexibilização da legalidade*, ao invés de prestigiar uma pretensa igualdade, justiça e paz social, permite eclodir modelos contrários a tais escopos, de vez que a dosagem dos direitos fundamentais centraliza-se no *poder soberano estatal* que decide, de forma autoritária e ditatorial⁸⁶, os níveis de conflitos na existência jurídica da *sociedade civil*.

Os julgamentos são proferidos, é claro, em conformidade com as intenções particulares de seu prolator⁸⁷, sejam elas boas ou más, justas ou injustas, certas ou erradas, independentemente, pois o importante é coadunar com a consciência de quem as dita, que será sempre soberana, pois se justifica em *máximas universalizantes* de “*bem-estar coletivo*”, “*função social*”, “*interesse de todos*”, “*bem comum*”. Ou seja, verdades imutáveis que devem ser acatadas pelo destinatário normativo, pois quem determina as regras do jogo é o Estado, “*macrossujeito abarcador de uma hipotética unidade cívica*”⁸⁸.

Infere-se que a vertente dogmática apresentada não coaduna com o Estado de Direito Democrático, que propõe uma *sociedade aberta*⁸⁹ na qual os indivíduos compartilham⁹⁰ procedimentalmente os sentidos dos institutos jurídicos, conjecturando a formalização de um provimento final *construído por todo aquele que é legitimado ao processo*⁹¹. Não se trata, pois, de um ato estatal *imposto* por uma autoridade “*dita*” competente, que aplica em seus provimentos escopos *extrassistêmicos*, *verbi gratia*, analogias, costumes, princípios gerais do direito,

⁸⁶ “Foi justamente essa crescente força do Estado e a possibilidade de se afastar a normatividade para atendimento de um (obscuro) bem-estar social é que ocasionaram a eclosão de modelos ditatoriais como o socialista soviético, o fascista italiano e o nazista alemão, todos eles baseados na idéia de interesse de todos que, ontem e hoje, em realidade, escondem os interesses de poucos”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 95.

⁸⁷ Esclarece Dworkin que a escola do realismo jurídico compreende que “o direito não existe, ou que resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 45.

⁸⁸ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático, p. 31.

⁸⁹ Conforme Popper, “a sociedade em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais chamaremos de sociedade democrática”. POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 1, v. 2, p. 188.

⁹⁰ Sobre o “*compartilhamento cognitivo*” no Estado de Direito Democrático, vide: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 105-147.

⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 44.

equidade, moral, regras da experiência, como ainda quer fazer crer a legislação infraconstitucional e a jurisprudência brasileira⁹², diga-se de passagem, inconstitucionais⁹³.

Como se vê, com a intenção de inserir elementos axiológicos para uma “melhor” interpretação do direito e, por conseguinte, para atingir uma pretensiosa paz social sistêmica pela consciência do soberano, o socialismo jurídico atinge o ápice do autoritarismo. Contudo, como a almejada “função social do direito” nunca pode ser alcançada, imperioso colocar tal doutrina em xeque.

2.2.3 Escola fenomenológica

É no panorama histórico do pós Primeira Guerra Mundial que Hans Kelsen elaborou a “Teoria Pura do Direito”⁹⁴, fundamentada, teoricamente, na escola fenomenológica – vertente doutrinária que surgiu com Husserl, em 1859-1938, conquanto a concepção de fenomenologia já se apresentasse em Hegel⁹⁵. A corrente filosófica mencionada compreende que o conhecimento do objeto se faz a partir da constatação intuitiva de seus conteúdos fundamentantes⁹⁶, despojado de qualquer fator externo que pudesse corromper suas características essenciais⁹⁷. Essa postura científica, encampada pela teoria kelseniana, sustenta uma reação contra o positivismo sociológico que contempla o manejo das ciências sociais⁹⁸,

⁹² Remete o leitor ao “Item 3.4” desta pesquisa.

⁹³ Remete o leitor à nota de pé de página de número 55.

⁹⁴ Em sua obra, Kelsen esclarece “(...) o estado científico e político em que a Teoria Pura do Direito apareceu, no período da Primeira Guerra Mundial de 1914-1918, e da comoção social por ela provocada, bem como a repercussão que ela então encontrou na literatura”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 12.

⁹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 12.

⁹⁶ Isto é, o estudo do “ser” a partir dele mesmo: *gnosilogia*: estudo da ideia de certeza de numa relação do sujeito com ele mesmo. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 42.

⁹⁷ De acordo com Husserl, a fenomenologia é uma “ciência descritiva”. Seu conhecimento fundamenta-se na descrição eidética de um objeto, reduzindo-o à sua própria essência, sem, contudo, lhe inferir qualquer conceito ou conteúdo construtivo ou idealizante. Trata-se da explicitação do objeto na sua “forma pura”, *in verbis*: “Por lo que toca a la fenomenología, quiere ser una ciencia descriptiva de las esencias de las vivencias puras trascendentales em actitud fenomenológica, y como toda disciplina descriptiva, no constructiva y no idealizante, tiene su propio derecho a la existencia. Cuanto em cualesquiera vivencias reducidas cabe aprehender eidéticamente em una intuición pura, lo mismo si es ingrediente que correlato intencional, es propio de ella y para ella una gran fuente de conocimientos absolutos”. HUSSERL, Edmund. **Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica**. 2. ed. Traducción de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 166.

⁹⁸ “Relativamente às ciências sociais falta ainda – e seu estado pouco evoluído não é dos motivos que menos concorrem para tal – uma força social que possa contrabalançar o interesse poderoso

primordialmente a produção, interpretação e aplicação do direito, por meio de formas ideológicas de dominação⁹⁹.

Nessa linha de raciocínio, a doutrina fenomenológica pretende uma “*redução eidética*”¹⁰⁰ das coisas, na medida em que as vislumbra como um fenômeno neutro, purificado. Seguindo esse raciocínio, os juristas filiados a tal corrente filosófica, pensam o direito como algo apartado da história, imutável, indelével¹⁰¹. Kelsen justifica a escolha do marco teórico a partir da observação histórica dos fatos sociais que, segundo o autor, carregam consigo elementos políticos, filosóficos, culturais, morais e axiológicos, que corrompem a essência da norma. Em virtude disso, formaliza a *teoria pura do direito*, propondo uma ciência jurídica despojada de “*todos os elementos estranhos*”, sendo uma reação anti-ideológica à postura das ciências sociais de sua época¹⁰². Para fundamentar o estudo da “*norma pela própria norma*”¹⁰³, Kelsen cria a hipotética e imanente *Norma Fundamental*¹⁰⁴, sobre a qual

que tanto aqueles que detêm o poder como também aqueles que ainda aspiram ao poder têm numa teoria condizente com seus desejos, ou seja, numa ideologia social”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 09.

⁹⁹ Conforme Andréa Alves de Almeida, “*o realismo jurídico, apropriando-se do discurso invocado por todos os excluídos nas lutas sociais e políticas, dissimula a prevalência dos interesses da burguesia, aquietando as reivindicações do proletariado*”. ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 81.

¹⁰⁰ Em Michel Mialle “*redução eidética*” é a teorização descritiva do significado essencial das estruturas das coisas; é o regresso ao conceito original do objeto, desprendido de teorias. MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 286. É, conforme Rosemiro Pereira Leal, a compreensão do objeto por indução, por isso a doutrina fenomenológica merece para a compreensão de um **direito processual democrático**, eis que contribui para sua sacralização. Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 26 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁰¹ “*(...) o mundo da vida já estaria, para Husserl, em suas formas simbólicas já delineadas por uma consciência prévia e universal das subjetividades*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 35.

¹⁰² “*Quando se intitula Teoria ‘Pura’ do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro*”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 52.

¹⁰³ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 26 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁰⁴ Kelsen define a “*Norma Fundamental*” como a primeira de todas as normas. O autor vale-se de uma “*situação hipotética*” para propor um regresso *ad infinito* em que, histórica e transcendentemente, chega-se ao constituinte originário (“*primeiro órgão histórico*”), criador da primeira norma, sobre a qual “*repousam todas as leis e os fundamentos de todas as leis e atos jurídicos*”. A dita “*Norma Fundamental*” é concebida como “*suprema*”, por estar situada no patamar mais alto da hierarquia do sistema jurídico, existindo, segundo a teoria kelseniana, uma conexão interna que assegura, no ato de criação, interpretação, modificação ou extinção de qualquer regra de direito, que se observe o “*escalonamento do ordenamento jurídico*”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 96-104.

todo o ordenamento jurídico repousa e encontra validade pelo escalonamento hierárquico.

Como se depreende, o fundamento do direito está no seu caráter ontológico, isto é, na concepção essenciante da norma, que é válida por estar positivada no ordenamento jurídico. Infere-se, portanto, que a teoria kelseniana não se preocupa em esclarecer os fundamentos do direito, pois são verdades irretorquíveis, não passíveis de fiscalidade, como se propõe uma teoria processual da lei democrática, aos moldes da Constituição brasileira de 1988¹⁰⁵. De acordo com Rosemiro Pereira Leal¹⁰⁶, as doutrinas embasadas na filosofia fenomenológico-positivista propõem um direito hipostático e imobilizador, “*insuscetível de uma mutação constante em sua originariedade e dinâmica históricas*”. O intuito de apartar o direito da sociedade, conforme esclarece o autor, como um instituto autônomo e transcendental provocou a criação de novos *fetiches*, que serviram de base para escolas jurídicas¹⁰⁷ no século XX, que se caracterizam “*pela apologia das **formas jurídicas** auto-explicáveis*”.

2.2.4 Escola formalista

Desenvolvida a partir dos corolários da filosofia fenomenológico-positivista, a doutrina formalista abona outro *mito*: o estudo e validade do direito a partir da “*forma e pela forma*”¹⁰⁸. Isto é, o direito não é perquirido por seus conteúdos, pelos seus fundamentos, mas é validado a partir de sua *estrutura formal*, elaborada em conformidade com os padrões procedimentais determinados pelo ordenamento jurídico¹⁰⁹. A legitimidade do direito, portanto, está na observância *forma-procedimento*, no ato de criação, modificação e extinção da norma, que se realiza pela observância à hierarquia normativa, impositiva de uma conexão ordenada do

¹⁰⁵ Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**.

¹⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 13.

¹⁰⁷ Vide “*Item 2.2.4*” e “*Item 2.2.5*”.

¹⁰⁸ “*Este modo de definir o direito pode ser chamado de formalismo jurídico; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece*”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. 145.

¹⁰⁹ De acordo com Michel Mialle, para a escola formalista, “*o conhecimento do direito identifica-se com a análise de uma construção hierarquizada de normas que se engendram umas às outras*”. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 299.

sistema jurídico, devendo ser sempre respeitada pelo intérprete criador-aplicador da lei.

Como se depreende, a escola formalista apropria-se do método kelseniano para assegurar validade e legitimidade normativa a partir da coerência lógica com o sistema posto, ou seja, “*é preciso classificar, coordenar logicamente as regras que contribuem para constituir o ordenamento jurídico*”¹¹⁰. E é nesse sentido que Habermas, lastreado na doutrina weberiana, discorre sobre o *formalismo do direito*:

*Os especialistas em direito velam por um “formalismo do direito” em três aspectos: Em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um corpus de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis*¹¹¹.

Infere-se que ao discorrer e defender um “*direito formal*”, Max Weber o distingue do “*direito material*”, conferindo o atributo de racionalidade e irracionalidade a ambos a partir da separação entre *direito* e *moral*. O *direito formal (processual) racional*, por sua vez, é conjunto de regras procedimentais e regenciais para o julgamento, isto é, a decisão judicial se pauta na reserva da lei (“*leis processuais preexistentes aos fatos ou atos a serem examinados pelo julgador*”). O *direito formal (processual) irracional*, por outro vértice, propicia julgamentos com base no talento, sensibilidade, bom senso, clarividência do julgador – sustenta-se, como no realismo jurídico, uma interpretação *extrassistêmica* de um ser talentoso, que dará um rumo (o melhor) à lei. O *direito material racional* é o direito construído e aplicado segundo o princípio da reserva da lei (positivismo jurídico)¹¹². O *direito material irracional*, ao contrário, é o direito elaborado pelo déspota, coletado da metafísica (cosmo; recinto sagrado da *episteme* grega). Com base nessas distinções é formulada a “*Teoria do sincretismo em Max Weber*”: o direito, como “*forma pura de*

¹¹⁰ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 301.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade, v. 2, p. 195-196.

¹¹² Esclarece Rosemiro Pereira Leal que a “*racionalidade do direito material*”, em Max Weber, está comprometida com a tradição, com os mitos, uma vez que o “*direito material*” não é interrogado em suas origens; trata-se do “*ser*” e do “*haver*”, como a Norma Fundamental de Kelsen. Esses esclarecimentos foram extraídos da aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 22 de fevereiro de 2008, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

dominação”, visa a um embaraço do *direito racional e irracional* para ocultar privilégios de grupos dominantes e mascarar ideologias de *justiça e paz social*¹¹³.

É por isso que Rosemiro Pereira Leal¹¹⁴, ao discorrer sobre o *formalismo jurídico*, o denuncia como entrave hermenêutico à compreensão do Estado de Direito Democrático, que confere a interpretação da lei a *todos*, inadmitindo a filosofia da consciência, que não oportuniza a *todos* (destinatário normativo) os fundamentos utilizados pelo julgador no ato de decidir. De acordo com o autor, no direito processual, de Bülow a Liebman, sem olvidar dos procedimentos míticos do direito romano, como as *legis actiones*¹¹⁵, por exemplo, abona-se um *procedimental-formalismo* (de cunho weberiano), sem, contudo, passar pelo **devido processo**. Isto é, há uma transigência de valores morais e éticos da consciência do julgador conferida pela própria *lei (direito material e formal (ir)racional)* e pela *jurisprudência (direito material e formal irracional)*, que outorga ao juiz um “*cheque em branco*” para que possa decidir¹¹⁶.

¹¹³ Reflexões extraídas da obra: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 274-275. Sobre esses estudos, conferir também: WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, p. 128-141.

¹¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 13-18.

¹¹⁵ A tradução literal da expressão *legis actiones* é “*ações da lei*”. Trata-se de um rol (legal) taxativo de direitos que poderiam ser exigidos pelo autor da ação. O direito pretendido “*deveria se encaixar, precisamente, na ação de lei suscitada*” (MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 57); do contrário, a ação seria inadmitida pelo pretor. Esse sistema de julgamento impunha a observância de um procedimento solene e ritualístico, como a pronúncia da palavra correta (*verba certa*), bem como a utilização de expressões mímicas que, se inutilizadas ou realizadas incorretamente, acarretariam a perda do direito de ação. Sobre esses estudos, conferir a obra alhures citada, como também: VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 05-16.

¹¹⁶ No formalismo jurídico, o aplicador da norma inocula nela um conteúdo concreto. É, de acordo com pesquisas realizadas por Rosemiro Pereira Leal, concedido ao julgador um “*cheque em branco*”, isto é, a decisão é inacabada, por isso o aplicador da norma deve preenché-la. Como se depreende, o direito é compreendido pela fala do decisor. Kelsen, ao desenvolver a teoria de um sistema jurídico fechado, desvinculado da moral e determinado pelos conteúdos da Norma Fundamental, sustenta um ordenamento destituído de aporias (furos de linguagem). Isso porque compreende que o julgador tem o dever de interpretar o caso concreto, individualizando-o, para concretizar a aplicação da norma – trata-se, pois, do preenchimento do “*cheque em branco*”. Vislumbra-se, portanto, que, ao contrário do sustentado por Kelsen, esse direito não é *puro*, uma vez que sua teoria está contaminada pela compreensão do direito na perspectiva da consciência do julgador. Esclarecimentos extraídos da aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 26 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Em Kelsen, vide: “*A função da denominada jurisdição é muito mais constitutiva, criadora de direito, na verdadeira acepção da palavra. Pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica consequência jurídica, e toda essa relação é criada pela sentença judicial. Assim, como ambas as situações de fato são ligadas nas relações do individual, pela lei, assim deverão estar unidas, na relação do individual, pela sentença judicial. Por isso é que a sentença judicial é uma norma jurídica individual, uma individualização ou concretização da norma geral ou abstrata, a continuação do processo de produção do direito do geral para o individual. Somente o preconceito, de acordo com o qual todo direito está contido na norma geral, a identificação errônea do direito*”

De acordo com Ingeborg Maus, Max Weber¹¹⁷ analisa de forma clara a independência do judiciário, no século XX, para “*aplicação formalista do direito*”, que visava limitar o autoritarismo do soberano (príncipe) por meio da “*estrita vinculação à legalidade*”, positivada pelo parlamento. Contudo, a exigência de cumprimento da lei é função atribuída à *Justiça* (representada pelos *juízes*) que, delimitada pelo *direito formal-material irracional*, situa-se fora da legalidade, consolidando-se como última e única instância da “*consciência da sociedade*”, que clama por igualdade, liberdade e dignidade. Nesse sentido, a interpretação e aplicação do direito se orientam por concepções jurídicas *postas e suprapostas*, ditadas pelo posicionamento dos tribunais, que fundamentam suas decisões em supostos argumentos *moraís-racionais* de uma *tradicional jurisdição política e autoritária*. Como se vê, conquanto o ordenamento jurídico seja delimitado pela *reserva legal*, a *Justiça* permite relativizar a lei, conforme enfatiza a autora:

Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça. O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico – tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, e garantir a unidade do direito, independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses – investindo-se como sacerdote-mor de uma nova “divindade”: a do direito supra-positivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social¹¹⁸.

Forte nesses argumentos, apreende-se que a escola formalista não guarda afinidade com o paradigma de Estado de Direito Democrático, onde há súplica de um discurso a partir de teorias articuladas pelo **devido processo**. Esta instituição

com a lei, poderia obscurecer esse ponto de vista”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 106.

¹¹⁷ “Os juízes construíram uma fortíssima oposição aos poderes patriarcais, por vezes com base em razões ideológicas, de solidariedade estamental ou ocasionalmente também por motivos materiais. A firme e constante determinabilidade de todos os direitos e obrigações exteriores pareceu-lhes um bem a ser buscado por si mesmo, e este fundamento especificamente “burguês” de seu pensamento condicionou-lhes o posicionamento quanto às lutas políticas pela contenção do poder de decisão e poder liberatório dos patrimonialistas”. WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Tübingen, 1956, p. 643 *apud* MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, p. 194.

¹¹⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, p. 195-196.

constitucionalizada possibilita o contraditório pleno, isto é, a linguagem é interrogada (fiscalizada): o provimento final é produto (lógico-jurídico) de conhecimentos (teorias) suscetíveis à crítica¹¹⁹ (em contraditório permanente). De acordo com Andréia Alves de Almeida:

Na ação discursiva, a relação normativa e factual (acervo de probabilidade) se estabelece pela circularidade norma-processualidade, e não por meio de uma circularidade fato-norma (pós-positivista). A norma material é reconstruída pelas partes através da norma processual (espácio-temporal da reconstrução fática, interpretação da norma e construção das decisões estatais). Por meio da norma processual, dinamiza-se a norma material para a produção, aplicação e fiscalização incessante da constitucionalidade¹²⁰.

2.2.5 Escola estruturalista

Lévi-Strauss fundou o estruturalismo¹²¹: filosofia que propõe uma relação entre a linguística e a antropologia social – ciências dogmáticas que têm por objeto de estudo a linguagem natural¹²² e a cultura, respectivamente¹²³. A teoria se desenvolve a partir da investigação de determinado instituto, que deverá ser perquirido a partir de sua “*estrutura social*”¹²⁴.

A “*estrutura social*”, por sua vez, assume características de um sistema fechado, inerte e imutável. Nesse tom, impõe critérios científicos (dogmáticos), não fiscalizáveis, para a análise das transformações de determinados grupos, que pertencem a um mesmo modelo de família, caso sejam modificados seus elementos. Esse modelo, por conseguinte, é “*construído de tal modo que seu funcionamento possa explicar todos os fatos observados*”¹²⁵.

¹¹⁹ De acordo com Popper, “*a linguagem, a formulação de problemas, a emersão de novas situações de problemas, teorias concorrentes, crítica mútua por meio de argumentação, tudo isto são os meios indispensáveis do crescimento científico*”. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 123. O paradigma instituinte do Estado de Direito Democrático propugna um espaço procedimental jurídico-discursivo para a institucionalização da linguagem jurídica contraditória pelo discurso teórico de argumentos suscetíveis à crítica e fiscalização constante pelo processo, pois, no marco teórico democrático, o conhecimento é falível, por isso contempla-se o controle de constitucionalidade.

¹²⁰ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 104-105.

¹²¹ Conforme estudos de: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 18-9. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 37-38. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 308-316.

¹²² Lévi-Strauss compreende que linguagem é “*fato cultural*”. LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. 5. ed. Tradução de Chaim Samuel Katz e Eginardo Pires. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 399.

¹²³ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, p. 88-89.

¹²⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, p. 91-96.

¹²⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, p. 316.

Importante esclarecer que a escola estruturalista não se limita em apenas observar a sociedade e a descrevê-la, como pretende a sociologia, que “*estuda as relações sociais nos grupos contemporâneos numa base amplamente experimental*”¹²⁶, não se distinguindo, nesse aspecto, da antropologia. De acordo com seu fundador, a noção de “*estrutura social*” não se vincula à “*realidade empírica*”, mas ao estudo dos fatos em si mesmos “*(que processos concretos trouxeram-nos à existência?)*” e sua relação com o todo, o conjunto, “*(quer dizer que toda mudança observada num ponto será relacionada às circunstâncias globais de sua aparição)*”¹²⁷.

Fundamentados nesses argumentos teóricos, os juristas, dada a insuficiência das doutrinas anteriores, aderiram ao “*movimento estruturalista*”, apropriando-se das ideias de Lévi-Strauss. Assim, a partir da segunda metade da década de 1940, erige-se o *estruturalismo jurídico*¹²⁸: *ciência jurídica dogmática* que tem por objetivo explicar a *existência* de um instituto jurídico, bem como sua interação com o ordenamento jurídico como um todo.

Nesse raciocínio, o ordenamento jurídico é a “*estrutura social*”, ou seja, o sistema que delimita a análise e autoriza a observação das transformações do direito a partir de seus elementos fundamentantes¹²⁹. O direito, assim como preconizava a escola formalista, é estruturado em grupos, *verbi gratia*: direito público e direito privado; direito individual e direito coletivo; direito processual e direito material. Contudo, o estruturalismo ultrapassa a barreira da “*forma pela forma*”, o método visa descobrir “*os segredos reais do funcionamento do ordenamento jurídico*”¹³⁰. Para tanto, propõe a descodificação das regras de direito, relacionando o “*discurso jurídico com o factos sociais e económicos*” para “*descobrir não apenas uma estrutura desconhecida, mas sobretudo uma estrutura inconfessável*”¹³¹.

¹²⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, p. 403.

¹²⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, p. 317.

¹²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 18.

¹²⁹ “*Acompanhar as transformações do direito de maneira estrutural equivale a praticar cortes sincrônicos a etapas diversas, a fim de comparar, em seguida os sistemas. Cada elemento aí ocupa uma função, e é a mudança de função que deve permitir concluir pela transformação dos sistemas. Um elemento pode desaparecer deixando sua função para um outro; mas ele pode também se manter mudando sua função. Só o método estrutural permite uma tal análise*”. ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 151.

¹³⁰ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 310.

¹³¹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 314-315.

Observa-se, portanto, que o estruturalismo não propugna a investigação da história e sua co-relação com o direito posto; ao contrário, pretende um estudo do direito apartado da história, dos movimentos sócio-políticos culturais (realismo jurídico). É uma tentativa de explicar o direito a partir de seus elementos primais, signos, imutáveis. Isto é, antes da regra possuir o “*caráter social*” e de se tornar obrigatória, ela é um “*instinto psíquico*”¹³², um comportamento previsto nas leis imanentes da *physis*, nos mitos e símbolos que, supostamente, orientariam a criação e aplicação do direito positivado¹³³.

Coleta-se que o estruturalismo jurídico pretende uma análise subjacente aos fenômenos jurídicos, sociais, econômicos e culturais. Trata-se, conforme esclarecimentos de Rosemiro Pereira Leal¹³⁴, de uma estrutura permanente, que concebe o direito como “*objeto fixo (...) de conteúdo invariante*”, hábil a determinar os padrões de normatividade para a sociedade. Entrementes, elucida o autor que a doutrina estruturalista não esclarece a estrutura de seus conceitos, além disso, propõe a existência de normas em dada sociedade, despojadas de quaisquer conteúdos (teorias) dialógicos que investigassem a complexidade do direito. “*É um novo idealismo-racionalista-platônico de cabeça para baixo, como se as idéias eternas (enteléquias, mônadas, arquétipos) migrassem da eternidade cósmica para a subjacência estrutural determinista dos fenômenos humanos*”.

2.2.6 Uma problematização crítica às doutrinas de “teoria do direito”

Ao enfrentar o estudo do direito nas escolas doutrinárias apontadas, deparamos num grande desafio: a necessidade de **esclarecer o que é direito**, bem como explicitar o marco teórico epistemológico para a sua compreensão na perspectiva do Estado de Direito Democrático. A abordagem do direito, até a Constituição brasileira de 1988, compromete-se com o *saber pragmático*, em que o *cosmo* é, pela *hermenêutica filosófica*, fonte e justificativa de toda percepção do sistema jurídico posto, seja para o *jusnaturalismo* ou para o positivismo.

¹³² DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 37.

¹³³ “*Nessa rota de linguagens verdadeiras, só agora ditas descobertas na leitura eletrônica do orgânico e cosmológico, é que novos mitos estão sendo erigidos em face do declínio do mito do estruturalismo straussiano que se organizava dos céus do imaginário para a realidade*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 249.

¹³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 19.

A *ciência dogmática*, responsável pelo enquadramento das “teorias de direito”, conserva um estudo jurídico *universalizante*, de vez que não se perquire os fundamentos do direito, produzido e aplicado através de métodos que trabalham com *verdades absolutas (doxas)*, servindo, o direito, como instrumento de dominação, além de estar comprometido com um Estado mítico. Nesse tom, impera um “*saber estético*”, isto é, uma ciência comprometida com o “*mito do contexto*”¹³⁵ que, de acordo com Rosemiro Pereira Leal¹³⁶, orienta a produção de uma “*filosofia moderna da intersubjetividade*”. A partir desses postulados, desenvolve-se uma ciência fundamentada na “*praxis humana*”, em que a história e a experiência conduzem a produção de uma *razão pragmática*, onde consensos são extraídos da *fala e da prática social*.

O direito, nessas vertentes doutrinárias, brota, espontaneamente, por *autopoiese*, seja por obra da *natureza cosmológica universal* ou por uma *razão prescritiva*. Assim, como os fatos (naturais ou sociais) controlam o ritmo da criação-aplicação do direito, as catástrofes são aceitas sem resignação, uma vez que são meras causalidades históricas. O próprio Habermas, conforme esclarecimentos de Rosemiro Pereira Leal¹³⁷, sustenta que somente é possível sair da modernidade pelas catástrofes; ou seja, aceita-se que a história é condutora do destino dos homens (historicismo).

Contudo, olvidam os historicistas de que a história deve ser “*falsificada pelo homem*”¹³⁸, sendo ele *responsável por suas ações “e por suas repercussões no curso da história*”¹³⁹. Nesse raciocínio, o direito não é produto do observacionismo, desvelado pela razão histórico-cultural; ao contrário, numa perspectiva de *sociedade aberta*, os fatos são testificados por “*teorias concorrentes*”¹⁴⁰. Assim, pelo “*princípio da regra suprema*”¹⁴¹, isto é, “*regra de proibição de vedação da liberdade de*

¹³⁵ POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 1996.

¹³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 35-37.

¹³⁷ Esclarecimentos extraídos das aulas expositivas, lecionadas por Rosemiro Pereira Leal, em 14 de agosto e 16 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹³⁸ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 2, v. 3, p. 281.

¹³⁹ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 2, v. 3, p. 288.

¹⁴⁰ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 24.

¹⁴¹ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, “*o critério de demarcação científica em Popper é teorometodológico, como **regra suprema** de adequação para as demais regras, no sentido de teoricamente proibir (não prescrever por recomendações ético-morais solipsistas) entraves à reprodução da liberdade que há de ser exercida de modo gradualístico e ininterrupto (piecemeal engineering) à sustentação de um projeto continuado de sociedade aberta que marca a*

*tentativa de refutação*¹⁴², o direito é construído, aplicado, modificado e extinto através do embate teórico, que permite a fiscalidade da história (fatos naturais e sociais) pela problematicidade das aporias existentes no discurso do conhecimento.

É nesse marco teórico que se erige a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, cujo eixo epistemológico compromete-se com o **devido processo**, em contraponto ao direito dos Estados Liberal e Social de Direito. Nessa acepção, a democracia contemporânea supera o modelo democrático da *paidéia grega*, visando à produção de uma hermenêutica implantadora de um **direito processual democrático** aos moldes da Constituição brasileira de 1988.

Para proposição (formalizada) de uma teoria, que atenda aos enunciados de uma epistemologia jurídica contemporânea e contemple a produção de um direito legítimo, democrático e fiscalizável, Rosemiro Pereira Leal testifica as teorias da *ciência dogmática do direito* – a partir do marco teórico perfilhado para direcionar e embasar suas pesquisas: o *falibilismo popperiano* e a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* (teoria de sua própria autoria).

Dos estudos realizados nas principais obras de Rosemiro Pereira Leal¹⁴³, infere-se que o marco teórico adotado é autocrítico, na medida em que fiscaliza (falsifica) as teorias da *ciência dogmática* e, ao mesmo tempo, abre oportunidade para testificar-se a si próprio. Por isso, não é à toa que o autor compreende que *método autocrítico da teoria da lei* produz o direito pelos mesmos princípios em que deve ser interpretado, aplicado, modificado ou extinto (isto é, pela principiologia autoilustrativa do contraditório, ampla defesa e isonomia).

Como se depreende, o direito não é mais concebido como obra do acaso, por isso podemos conjecturar que é nesse marco teórico que temos a *reviravolta linguística do direito*, o *grande salto epistemológico*. Há um rompimento com a *“filosofia de crença”*¹⁴⁴ (*ciência jurídica dogmática*), permitindo o desembaraço à compreensão de um direito esclarecido pelo debate cognitivo, no eixo hermenêutico

construção de uma teoria da democracia na concepção popperiana”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 183.

¹⁴² Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 14 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, 2005. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, 2009. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, 2010.

¹⁴⁴ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 35.

do **devido processo** – paradigma processual da *construção-reconstrução* da lei no Estado de Direito Democrático.

2.3 Embarços à compreensão dos institutos do direito, lei e norma

Infere-se dos estudos enfrentados no tópico anterior que o direito sempre esteve atrelado a dois grandes blocos: o *jusnaturalismo* e o *positivismo*. Não havendo uma terceira via para escapar dessa rotulação, tragédias e incompreensões continuam a entravar a produção de um **direito processual democrático**¹⁴⁵. Desse modo, e, com amparo nas pesquisas científicas de Rosemiro Pereira Leal, pretende-se enfrentar o seguinte problema neste estudo: “o que é a **lei jurídica** na atual concepção linguístico-autocrítico-constructiva que informa a existência de um direito democraticamente aceitável e fiscalizável?”¹⁴⁶.

Antes, contudo, de investigar o *tema-problema* proposto, imperioso esclarecer a metodologia empregada por Rosemiro Pereira Leal na prospecção e identificação científica dos institutos jurídicos do **direito, lei e norma**, uma vez que a Teoria Neoinstitucionalista e o falibilismo popperiano são os marcos teóricos que embasam a elaboração da presente dissertação.

2.3.1 Metodologia: método crítico

No intróito, mister entender o que vem a ser “*método crítico*” para a Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Sem olvidar do marco teórico escolhido para embasar respectiva proposição (falibilismo popperiano), apreende-se que *crítica* é a “*suspensão da crença na razão*”¹⁴⁷. É por isso que Rosemiro Pereira Leal ataca a ciência jurídica moderna (dogmática) que trabalha a crença na “*busca de verdades*

¹⁴⁵ Conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, “a confusão entre **Direito e Lei** atravessa séculos sem inquietar os juristas, tornando-se até mesmo um tema perigoso, porque o ímpeto de esclarecimento poderia acarretar a radicalização de uma dicotomia a segregar os estudiosos em duas grandes facções: *jusnaturalistas* e *positivistas (normativistas)*, nada mais restando aos que quisessem escapar dessa rotulação”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 15.

¹⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 69-70.

¹⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 170. De acordo com Popper, “a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática”. POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 2, v. 3, p. 396.

*absolutas*¹⁴⁸. A metodologia popperiana consiste em “*superar teorias menos satisfatórias*”, propondo uma mais resistente (bem testada) para a produção de um conhecimento, que nunca será peremptório (imutável)¹⁴⁹.

Na contramão de direção, a *ciência dogmática jurídica* sempre se vinculou à “*busca compulsiva de infalibilidade*”¹⁵⁰, sem possibilitar qualquer abertura para perquirição desse “*núcleo irredutível*”¹⁵¹. Essa denúncia apresenta-se pertinente ao citarmos como exemplo a dinâmica dos *direitos naturais* e do *positivismo jurídico*. Na primeira categoria, os direitos são concebidos como válidos e legítimos por si mesmos. E, por advirem de um recinto sagrado¹⁵², devem ser observados (respeitados) por todos os indivíduos, sendo esta equação “*poder x dever*” repassada pela tradição¹⁵³: isto é, no presente acolhe-se a regra como válida porque fora transferida do avô para o pai e deste para o filho e assim sucessivamente. Num segundo momento, o direito adquire validade e legitimidade simplesmente por estar escrito (positivado). Como se depreende, não há uma fiscalidade sobre os fundamentos que deram origem a esses direitos. É por isso que, como demarcação para o conhecimento e para a produção da lei no Direito Democrático, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo recepciona a “*regra suprema*”, que propõe a refutação de todo conhecimento (teoria) a partir de sua problematização (testificação) continuada.

¹⁴⁸ “O que Popper deixa explícito é que não existe o ‘método científico’ em termos de critério seguro e absoluto de descoberta de verdades, mas métodos que, ao significarem teorias explanativas, assumem o caráter de conjunto de enunciados lógico-informativos (asserções), suscetíveis à refutabilidade, para o aumento de clareza e precisão do conhecimento em face de situações problemáticas”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 176.

¹⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 172.

¹⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 177-178.

¹⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 58.

¹⁵² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia**.

¹⁵³ Em Max Weber, a *tradição* é uma forma pura e legítima de dominação. As regras de direito são *válidas desde sempre*, pois são transmitidas de geração para geração. Desta forma, a desobediência aos seus conteúdos “*poria em perigo a legitimidade do seu próprio domínio, que repousa exclusivamente na santidade delas*”. O soberano é, também, respeitado por critérios tradicionais, seja por santidade, sabedoria ou, até mesmo, fidelidade aos antepassados. Sua vontade (ordens) é fixada por sentidos de equidade e por critérios subjetivos, clarividentes, agindo conforme seu “*prazer, sua simpatia ou sua antipatia e de acordo com pontos de vista puramente pessoais, sobretudo suscetíveis de se deixarem influenciar por preferências pessoais*”. WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**, p. 131. Como se depreende, o indivíduo reconhece o direito estatuído, tão somente. A fusão entre *lógica* e *método* (vide “*Item 2.3.2*”) aqui é explícita: vislumbra-se a suspensão da crítica, prevalecendo as verdades irretorquíveis da crença, por isso obedece, sem questionar. Nesse tom, o direito é instrumento de dominação, validado por argumentos de autoridade, sem qualquer possibilidade de abertura à fiscalidade, uma vez que os critérios de decisão são princípios éticos, sociais, justiceros e, por que não, passionais?

Nessa vertente epistemológica, o **devido processo** assume as características da *regra suprema*¹⁵⁴, por isso compreende-se que o direito é produzido pelos princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia), sendo sempre entregue normativamente à revisitação pelos mesmos princípios que lhe deram causa. É, nesse aspecto, portanto, conjecturado que o processo é *teoria linguístico-jurídica e auto-ilustrativa*.

Portanto, o **método** (metodologia) escolhido é o **crítico**: critério proposicional para decidir sobre a resistência teórica entre enunciados, postos por uma epistemologia quadripartite¹⁵⁵, aqui considerada “*como grandes narrativas (técnica-ciência-teoria-crítica) em constantes cargas e retrocargas de sentidos a partir do mundo objetivo na visão de Popper*”¹⁵⁶.

2.3.2 Lógica

Previamente à análise das distinções entre **direito**, **lei** e **norma**, faz-se necessário, outrossim, compreender “*o que é lógica*”¹⁵⁷. De acordo com Rosemiro Pereira Leal¹⁵⁸, a *ciência dogmática do direito* fora construída pela fusão entre *lógica* e *método*, o que é uma agressão conceitual, pois proporciona a produção de um direito de dominação: “*direito do déspota*”. Nesse sentido, esclarece que se não discernirmos *lógica* de *método*, não há o ingresso na *pós-modernidade*, permanecendo, a ciência jurídica, num “*saber moderno e estratificado*”, abonando-se mitos, crenças e tecnologias de dominação (ideologia).

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo, pelo *método crítico*, realiza tal distinção metodológica e proporciona a falsificação das lógicas adotadas pela *ciência dogmática do direito* e, por demonstrar que desservem para a compreensão

¹⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 195.

¹⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 41-7. Para o aprofundamento desses estudos, conferir “*Capítulo VI*” da obra citada: p. 169-189.

¹⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 37.

¹⁵⁷ Esclarece Rosemiro Pereira Leal que a dogmática jurídica, produtora de um direito estratégico, realizável e indispensável aos Estados Liberal e Social de Direito, fornece uma “*lógica jurídica que se divide em lógica deôntica (do dever-ser) e lógica moral em sua ternária manifestação (alética, epistêmica e ôntica), distinguindo-se da lógica apofântica (lógica das situações irreais), e criando uma lógica dialética que encamparia várias vertentes de pensamento, condutora de uma lógica persuasiva que seria a chave mágica de uma lógica decisional*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 72.

¹⁵⁸ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 14 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

de um direito democrático, uma vez que insuscetíveis de crítica, refuta-as. Nesse tom, avalizada pelas inferências críticas e conjecturando a produção de um direito compatível com a Constituição brasileira de 1988, teoriza o estudo da lógica numa perspectiva contemporânea que, nessa vertente hermenêutica, é concebida como *epistemologia*¹⁵⁹.

Contudo, antes de adentrar numa perspectiva *pós-moderna* de lógica, esta pesquisa fará incursões nas concepções da *lógica clássica*, a fim de explicitar porque é descartada pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, já assinalando que a *ciência dogmática do direito* tem seus fundamentos no âmbito da *lógica clássica*¹⁶⁰, que se subdivide em *lógica geral* (também denominada *formal*) e *lógica modal*.

2.3.2.1 Lógica geral (formal)

A *lógica geral*¹⁶¹ firma-se em argumentos autoritários; suas “verdades” são construídas por repetições. Essa *lógica* é acolhida pela *ciência dogmática do direito* e rege a *praxis* dos Tribunais. E isso é perceptível nas expressões “*jurisprudência unânime*”, “*entendimento uníssono*”, “*jurisprudência majoritária*”, “*entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*”.

Sob os enunciados críticos e epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, elucida-se que essas repetições são veneradas como balizadoras de “*verdades absolutas*” (nomologia), uma vez que baseadas nessas *doxas*, permite-se que os tribunais impeçam o *direito-de-ação*, através dos entraves jurisprudenciais impostos por entendimentos solipsistas e verticalizados¹⁶². Infere-se, portanto, que os conteúdos dogmáticos da *lógica geral* não se comprometem com as conquistas históricas adquiridas pelo Estado de Direito Democrático (*locus* de criação, modificação, extinção de direitos no recinto discursivo problemático, em que há possibilidade de instalação de contraditório, ampla defesa e isonomia).

¹⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 162.

¹⁶⁰ “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”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 154.

¹⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 152-7.

¹⁶² Remete-se o leitor às notas de pé de páginas de números 30 e 34.

Com base nos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal¹⁶³, apreende-se que a *lógica geral* assenta seus fundamentos nos princípios aristotélicos, *verbi gratia*: **a)** Identidade (se expressa na relação homóloga pensamento-objeto: “A” é “A”. Pode ser vislumbrada, também, como ideia de igualdade absoluta: “A” é igual a “A”); **b)** Contradição (em **Aristóteles**, “*dois juízos que se contrapõem não podem ser verdadeiros ao mesmo tempo*”, ou seja, a conduta jurídica ou é permitida ou proibida: “*justo ou injusto*”. Esse saber é perquirido por **Protágoras**, que afirma justamente o contrário: “*tudo o que é pode ser dito por dois enunciados contrapostos*”, isto é, “*mais justo, menos justo, mais ou menos (in)justo*”); **c)** Terceiro excluído (consolida o princípio da não contradição: “*ser ou não ser*”. A terceira hipótese não existe, é excluída¹⁶⁴); **d)** Princípio da razão suficiente (“*toda proposição só é verdadeira por suficientes fundamentos*”); preconiza um saber nomológico (isto é, um saber baseado em *verdades absolutas* já contidas nas leis da razão natural). Esclarece Rosemiro Pereira Leal que toda a construção do direito embasou-se nesse princípio, que fundamentou a “*raiz quádrupla da razão suficiente de Arthur Schopenhauer*”. Para essa teoria, o direito apresenta quatro causas: **1ª)** Material (isto é, o *direito material*, que assegura vida, liberdade, igualdade, propriedade aos cidadãos patrimonializados¹⁶⁵); **2ª)** Formal (é o *direito processual (adjetivo ou procedimental)*, utilizado como instrumento de manejo para a concretização do *direito material*); **3ª)** Eficiente (refere-se à eficiência do judiciário em assegurar (proteger) os direitos de forma célere, rápida e concreta¹⁶⁶); **4ª)** Final (o direito é extraído de uma “*razão suficiente*”, isto é, traz consigo seus próprios e inerentes fundamentos teleológicos).

¹⁶³ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 28 de outubro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Vide, também: LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 153.

¹⁶⁴ A *lógica apofântica*, que é um desdobramento da *lógica geral*, se enuncia pelos silogismos do verdadeiro e do falso: “*ser ou não ser*”, o terceiro é excluído. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 159.

¹⁶⁵ Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil*.

¹⁶⁶ Para a escola instrumentalista (*ciência dogmática do direito*), o processo deve entregar ao jurisdicionado, tempestivamente, “*tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28. Chiovenda já assinalava que o Estado, na “*atuação da lei no caso concreto*”, deveria fazê-lo de forma eficiente, isto é, o manejo do processo pela atividade jurisdicional “*urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão*”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 199.

Como se depreende, esses princípios contemplam *verdades absolutas*, que não podem ser investigadas (são imunes à crítica). É por isso que Kelsen, ao criar sua “*Norma Fundamental*”¹⁶⁷, encaminhou tal concepção pela *teoria pura*, isto é, despojada de conteúdos axiológicos e culturais: a norma é válida por si e em si mesma. Não se indaga de seus fundamentos de origem, existência ou validade; a norma deve ser cumprida, tão somente¹⁶⁸. De acordo com Rosemiro Pereira Leal¹⁶⁹, Kelsen tinha horror às pesquisas das causalidades, por isso toda sua teoria é criada sem tal perquirição: “*tudo tem uma razão de ser*”, ou seja, o ordenamento jurídico nunca é obscuro, antinômico ou lacunoso, pois essa “*razão de ser*” sempre será encontrada pelo legislador (*locador da lei*) ou pelo julgador (*sublocador do sentido da lei*)¹⁷⁰.

Contudo, conforme enunciados da Teoria Neoinstitucionalista do Processo¹⁷¹, é imperioso testificar esses “*princípios (saberes) estratificantes*”, isto é, escapar das afirmações peremptórias de *verdades* ou *negações* (não investigáveis), que tanto têm banalizado o estudo do direito na contemporaneidade. É por isso, como antítese aos *princípios aristotélicos*, se tornou sedutor o *Trilema do Barão de Münchhausen*.

Nessa perspectiva, a verdade é impossível de ser obtida, pois pela *Petitio-principii* não é possível obter um primeiro fundamento da fundamentação, isto é, uma premissa irretorquível (tudo tem um “*por quê?*”). Desse modo, ingressa-se numa “*Circularidade*”, na medida em que toda a conclusiva há de ser, também, fundamentada, ocasionando um “*Regresso ad infinitum*” que, para um dogmático (aristotélico), o faz desistir da fundamentação. De acordo com o Rosemiro Pereira Leal, isso não acontece com um popperiano, pois “*tudo começa e termina com problemas*”¹⁷²: não procura uma fundamentação dogmática, primeira ou última, com

¹⁶⁷ “(...) ponto absurdo de decolagem de validação de um ordenamento jurídico a partir de uma busca de justificação exteriorizante (esfera público-histórico-cultural) para uma teoria da constituição”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 45.

¹⁶⁸ Remete-se o leitor ao “*Item 2.2.3*” da presente pesquisa.

¹⁶⁹ Aulas expositivas, lecionadas por Rosemiro Pereira Leal, no segundo semestre de 2010, para a disciplina de **Cátedra Lopes da Costa de Direito Processual**, do curso de Doutorado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 273.

¹⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 191.

¹⁷² Essa passagem justifica a metodologia acolhida nesta dissertação, que não adota a concepção da *ciência dogmática* de “*Introdução*” e “*Conclusão*”. Esta pesquisa se constrói pelos postulados epistemológicos da crítica científica, que formula problemas a serem investigados não os esgotando de forma peremptória. Ao contrário, aponta as aporias no discurso do conhecimento submetendo-as à crítica incessante e continuada.

o estacionamento do conhecimento¹⁷³, por isso o marco teórico de Popper adota a “visão protagórica”¹⁷⁴, que nega as verdades absolutas de Aristóteles¹⁷⁵.

Forte nesses argumentos é bem fácil assimilar por que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo enuncia que um direito qualquer, que não permita o ingresso processual fiscalizatório nos planos *instituinte*, *constituente* e *constituído* da norma, desserve à compreensão do direito nas democracias contemporâneas¹⁷⁶.

2.3.2.2 Lógica modal

As inferências críticas formalizadas pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo esclarecem que a *lógica modal*¹⁷⁷ informa a *ciência dogmática do direito* como tecnologia (ideologia), daí ser concebida, pela tradição, como *deôntica*, na medida em que se enuncia pelos juízos silogísticos do válido e inválido, trabalhando o *dever-ser*¹⁷⁸.

Ao testificar aludidas lógicas, Rosemiro Pereira Leal discorre e as problematiza da seguinte forma: ao preconizarem “pretensões de validade universais”, homologam formas de vida já assentadas na pragmática jurídica. Isto é, a “lógica jurídica” atua no âmbito da *mens legislatoris* (sentido da lei no momento de sua criação pela livre vontade do legislador) e da *mens legis* (sentido da lei,

¹⁷³ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 04 de novembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁷⁴ Conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, na Grécia sofística os ensinamentos de Protágoras inauguram o estudo de “uma linguagem coexistente (paralela) às leis naturais pressupostas (*physis*). Essa ruptura com a ninfa eco na estruturação do ego humano e a dispensa de Hermes como tradutor da linguagem natural (fala dos deuses) para os homens marcam a fundação do logos protagórico. A transposição do **Mito** para o **Logos** cria a possibilidade interativa desgarrada de uma arké (coerência imanente à linguagem) advinda da *physis* e de uma justiça natural (*themis*) para produzir o *nomos*”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia*, p. 03.

¹⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 37.

¹⁷⁶ Remete-se o leitor à nota de pé de página de número 46.

¹⁷⁷ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 04 de novembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Vide, também: LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 154-5.

¹⁷⁸ “A lógica jurídica, apropriando-se, assim, do discurso proposicional para, pelo dever-ser, prover e manejar à sua livre escolha os conteúdos (sentidos) da ‘normatividade’ clássica (acrescendo-se aqui a vertente clássica da lógica modal pela imposição do necessário, o contingente e o possível), ampliou, numa expansão considerável, a taxionomia das normas em permissivas, facultativas, prescritivas e até descritivas (princípios gerais de direito não legislativamente tipificados e modalizados em denotações subjetivas do decisor por proposições modais do apodítico, assertórico e do problemático) pelas quais livremente se decide em juízos do verdadeiro ou do falso, do válido ou não válido, do possível ou não possível”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 154.

solitariamente achado pelo decisor, no momento de sua aplicação) – *construção-aplicação* do direito comumente praticado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹. De acordo com a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a *ciência dogmática do direito* sustenta uma “*lei pronta e acabada*”, isto é, não se investigam os critérios enunciativos de sua elaboração; aqui há uma prevalência de um esquema de “*necessidade e conveniência*”, que é sempre vislumbrado pelo julgador.

Com apoio nessas abordagens críticas, infere-se que a falseabilidade da *ciência jurídica moderna* demonstra que o “*saber estético*” está superado pelo modelo de *sociedade aberta*, que atua sob os enunciados da *epistemologia quadripartite*, onde há perquirição continuada dos fundamentos de criação, modificação, interpretação (aplicação) e extinção do direito.

2.3.2.3 Lógica situacional

Após a testificação da *ciência jurídica dogmática*, vislumbra-se que ao submeter a *lógica clássica* ao exame crítico da epistemologia quadripartite, é possível, num primeiro momento, demonstrar a fusão indiscernível entre *lógica e método*. Nesse raciocínio, conjectura-se a necessidade de distinguir um instituto do outro, com a finalidade de se criar um direito despojado de conteúdos ideológicos (“*formas pura de dominação*”) e desvinculado de fundamentos míticos de um Estado totalizador.

Posteriormente, ao testificar a *lógica tradicional*, verificou-se, outrossim, que seus postulados abonam a *crença na razão* como verdade irretorquível. Nesse sentido, por entender (após a problematização de seus conteúdos) que os argumentos da tradição desservem para a compreensão de uma ciência jurídica aos moldes da Constituição brasileira de 1988, Rosemiro Pereira Leal conjectura, a partir dos ensinamentos de Popper¹⁸⁰, a proposição de uma *nova epistemologia do direito*, apta a construção de uma *sociedade aberta*.

Assim, para escapar da *ciência dogmática do direito*, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo opta pela conjecturação da “*lógica situacional*”¹⁸¹.

¹⁷⁹ Remete-se o leitor ao “Item 2.1” desta dissertação.

¹⁸⁰ Conforme Popper, “*a lógica pode ser considerada como sistema de investigação científica*”. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 122.

¹⁸¹ “*Essa ‘lógica situacional’ de um direito a instituir ou instituído é que permitiria afastar a polissemia de se aceitar o sincretismo normativo de um sistema jurídico como ideologia inevitável de técnicas*

Sob seus postulados enunciativos, a *lógica situacional* é compreendida como *epistemologia* que, formalizada pelas quatro narrativas (“*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*”), é *método* de testificação de teorias. A problematização do *conhecimento jurídico objetivo*¹⁸² se realiza para testar as teorias concorrentes e verificar qual delas apresenta compatibilidade com o *paradigma* de Estado de Direito Democrático que, na concepção teórica ventilada, é o *co-institucionalista*¹⁸³.

Nesse raciocínio, enuncia-se a instituição de um direito que se desvincula do sincretismo (*forma de dominação*) para recepcionar uma **lei** como *resultante da escolha teórica*, realizada pela *comunidade jurídica*. A opção por uma teoria se faz no confronto de *teorias rivais*, no plano *instituinte* da normatividade. O Estado brasileiro, através do constituinte originário, realizou sua preferência e elegeu seu marco teórico: o **devido processo**, “*cujos conteúdos normativos (...) integram e identificam a lei como obra democrática*”¹⁸⁴.

No viés epistemológico formalizado, não há falar em direito homologador de uma *nua realidade*¹⁸⁵, mas construtor de *existências jurídicas*, nas quais todos estão incluídos, inclusive os *despatrimonializados*, os *fora-da-lei*. O **devido processo**, na concepção da Teoria Neoinstitucionalista, preconiza o “*devir a ser*” do direito pela *biunivocidade contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade*¹⁸⁶ e

de dominação a entravarem fatalmente a implementação de direitos fundamentais nos Estados de Direito Democrático”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 162.

¹⁸² De acordo com Popper, somente o “*conhecimento objetivo é criticável*”, sendo que por “*objetivo*” deve ser compreendido como o pensamento formalizado (escrito). Ou seja, é o “*mundo 3*”, o mundo das proposições teóricas (“*conteúdos lógicos de livros, bibliotecas, memórias de computador*”), que são submetidas à testes para que haja a eliminação ou refutação de erros. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 34-35; 78.

¹⁸³ Sobre o estudo do *paradigma co-institucionalista*, remete-se o leitor ao “*Item 3.1.3.2*” da presente pesquisa.

¹⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 84.

¹⁸⁵ Eros Roberto Grau, desenvolvendo uma ciência do direito com apoio no “*mito do contexto*”, sustenta a existência de direitos *postos* e *pressupostos*. De acordo com o autor, o *direito pressuposto* é imanente e cultural. É *forma jurídica* existente no interior da *sociedade civil* que, no processo legislativo, “*condiciona a elaboração do direito posto*”. Como se depreende, trabalha-se com uma *sociedade pressuposta* à existência do direito, que se “*pós-ativa*” pela articulação ideológico-instrumental da *sociedade civil*, em detrimento dos excluídos da “*Sociedade-Jurídico-Político-Econômica*”. GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137-138. Vide, também: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 125.

¹⁸⁶ “*O Estado Democrático, ao se desligar da paidéia grega e do decurso jusnaturalista, neopositivista, histórico-historicista, e se tipificando pelo paradigma do PROCESSO, despoja-se da mítica reificante do Estado hegeliano (dotado de uma ética imanente) para assumir o status (lugar topológico) de estruturas legais da constitucionalidade processualmente construídas como projeto de vida advinda do direito fundamental do contraditório (inclusão de todos numa fala teórico-construtiva de integração social), de liberdade relacionada ao exercício da ampla defesa a permitir a plenitude dis-cursiva (proposicional) de auto-ilustração sobre os fundamentos da fala*

não pelo “*due process*” da “*law of the land*” dos Estados Liberal e Social de Direito¹⁸⁷.

O processo é, portanto, *teoria linguística* (discurso autocrítico), que se explicita por submeter o *conhecimento objetivo* (teorias) a cargas e retrocargas (“*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*”) de uma epistemologia quadripartite, que não é *técnico-científica* (*ciência jurídica dogmática*), exclusivamente. A partir desses contornos epistemológicos é possível investigar se a **lei** produzida possui o atributo da legitimidade democrática, aos moldes da Constituição brasileira de 1988. Ou seja, se os institutos jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia são linguisticamente articulados nos planos instituinte, constituinte e instituído da normatividade; cumprida respectiva exigência epistemológico-constitucional é possível compreender, conforme pesquisas científicas de Rosemiro Pereira Leal, o “*Processo como Teoria da Lei Democrática*”.

2.3.3 Revisitação crítica da dogmática indiscernível do direito, lei e norma

Com apoio no enfrentamento crítico dos estudos apresentados nos tópicos antecedentes, é possível distinguir os institutos do **direito**, **lei** e **norma**. Inicialmente, importante relembrar que diversas doutrinas, no decurso da história, tentaram descrever “*o que é direito*”. Escolas, do idealismo ao estruturalismo¹⁸⁸, se aventuraram em explicitar o conceito deste instituto jurídico, contudo, essas

defensiva de direitos e da dignidade a significar a isonomia de igualdade de tempo de fala e simétrica paridade na fundamentalidade de direitos iguais de vida e liberdade a ensejar transações jurídicas autocompositivas não suscetíveis à transigência em direitos por premências vitais”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 41-42.

¹⁸⁷ Conforme ensino de Rosemiro Pereira Leal, a origem da expressão “*due process*” em nada se compara ao instituto do **devido processo** das democracias contemporâneas, pois sua conceituação histórica está fundamentada em critérios de julgamento coletados na cultura. O “*due process*” somente servia a aqueles que estavam em simétrica paridade “*sócio-econômico-política*”, não sendo conferida a toda *comunidade jurídica*, como contempla a Constituição brasileira, que *igualava todo o povo pelos conteúdos isotópicos, isocríticos e isomórficos da isonomia processual*. A extensão a qualquer do povo, no “*due process*”, somente assegurava que os excluídos da paridade (pessoas desprovidas de fortunas, títulos, nobrezas – os “*despatrimonializados*”) seriam julgados pelos juízes, *cidadãos patrimonializados, sujeitos de direito*, que estavam em nível de igualdade, liberdade e de bens hierarquicamente superior aos desafortunados. “*Na origem histórica dessa expressão (due process of law), a concretização do direito pelo ‘devido processo’ (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (juízes) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direitos. O pressuposto do exercício e garantia do due process of law era o acusado ou lesado ser homem livre como seus pares que viessem a proferir o julgamento*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 51.

¹⁸⁸ Vide “*Item 2.2*” desta pesquisa.

perspectivas, por filiarem, ora numa razão natural, ora numa razão instrumental prescritiva, desservem para a compreensão do direito na contemporaneidade.

Hodiernamente, para enunciar a concepção de **direito**, é imperioso demarcar qual teoria embasa a construção da **lei**. No caso brasileiro, o **devido processo** foi a escolha do constituinte originário, como fundamentante dos conteúdos do Estado de Direito Democrático, que inaugura um espaço procedimental aberto, assecuratório de “*autoincludência, legitimado a todos*”, com ampla “*possibilidade cognitiva (...) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei*”¹⁸⁹. Infere-se, portanto, que **lei** é resultante do embate teórico, ocorrido no plano *instituinte* da normatividade; é o *instrumento gráfico-cartular*¹⁹⁰ de onde se abstrai a escolha teórica, formalizadora do *discurso normativo*, criador do **direito**.

Direito, portanto, pode ser compreendido como *instituto lógico-jurídico, inferente crítico do discurso normativo (lei), criador de existências jurídicas includentes de toda comunidade jurídica*. Explica-se: é “*instituto*” por ser *construído-reconstruído* pelos conteúdos principiológicos do contraditório, ampla defesa e isonomia¹⁹¹. “*Lógico*”, da *lógica situacional*, é a demarcação *teórico-epistemológica* para a *criação-recriação* do direito. “*Jurídico*”, dada suas características *institutivas, principiológicas e procedimental*. “*Inferente crítico*”, tendo em vista ser *objeto* extraído do *discurso normativo*, produzido pela **lei democrática**. “*Criador de existências jurídicas*”, pois pelos seus fundamentos institui, altera ou extingue *situações jurídicas* de um *pós-mundo* que está sendo construído e incessantemente testificado. “*Includentes de toda comunidade jurídica*”, de vez que esse direito acolhe todo o *povo*, tanto no âmbito da produção da normatividade, como no plano *isonômico-procedimental* de fruição de direitos.

Norma, por sua vez, é produto intelectual, resultante da interpretação do *texto normativo (direito)*¹⁹², indicativo do “**padrão de licitude** adotado pelo Estado na

¹⁸⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos, p. 337-338.

¹⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 133.

¹⁹¹ Conforme esclarecimentos de Rosemiro Pereira Leal, *instituição jurídica como processo “recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”*.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 86.

¹⁹² Conforme Roberto Eros Grau, “*o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a*

criação e disciplinação de direitos”¹⁹³. Essa atividade vincula-se, hermeneuticamente, ao plano *instituinte*, pois é nesse nível que se estabiliza o sentido *teórico-normativo* enunciativo dos conteúdos processuais para elaboração, interpretação, modificação e extinção da **lei**. Ou seja, se a *comunidade jurídica*, no plano *instituinte* da normatividade, opta pela escolha teórica “*ditadura*” ou “*autocracia*”, por exemplo, o direito solipsisticamente imposto ou deposto pelo soberano, nos planos *constituente* e *constituído* é legítimo. O exercício do poder está legitimado, uma vez que se conforma com a preferência teórica eleita pelo povo. Por outro viés, se a *comunidade jurídica*, como é o caso do Brasil, faz opção teórica pelo **devido processo** e o modo de produção da **lei** é procedimento meramente formal (*processo legislativo sem participação popular*), o provimento final se revestirá de “*uma legitimidade enganosa*”¹⁹⁴, explicitando o *caráter retórico da legalidade*¹⁹⁵.

Oportuno transcrever as lições de Rosemiro Pereira Leal, que esclarece a confusão dogmática dos institutos do **direito, lei e norma**:

Em poucas palavras, resumindo a longa digressão que fizemos, em direito democrático não paideico, na perspectiva da minha teoria neoinstitucionalista, a lei é criadora do texto normativo que é o direito. Com efeito, nessa concepção, a lei há de ter origem, em nível instituinte, numa teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida (entre teorias do processo) a co-institucionalizar (constitucionalizar), em nível constituente, direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões e suas estruturas (proposições) lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais (procedimentos e funções) a se explicitarem, no nível constituído, com a publicação do provimento legislativo (LEI). Extingue-se, assim, a secular confusão entre lei, direito e norma, não se sabendo onde teria começo a existência jurídica: se no “direito”, se na “lei”, se na “norma”, em acepções stricto e lato sensu, a gerarem a polissemia de sentidos

interpretação do texto normativo”. GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 23.

¹⁹³ Esclarece Rosemiro Pereira Leal que *norma*, enquanto gênero, distingue-se em duas espécies: *norma jurídica* e *norma legal*. A primeira é “*entendida pelo padrão lógico de licitude adotado no Ordenamento Jurídico de um Estado-Nação ou Estado-Região (Comunidade de Povos)*” e a derradeira, “*cujo sentido seria o estrito ao texto específico de um artigo, frase ou trecho oracional de uma lei*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 124-125.

¹⁹⁴ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 87.

¹⁹⁵ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. Nesse sentido, oportuna as lições de Rosemiro Pereira Leal: “*Em qualquer hipótese, poderíamos anotar que a norma é categoria lógica de dicção dos conteúdos jurídicos da Sociedade Jurídico-Político-Econômica, que se fazem pela dosagem de permissão-repressividade dos comandos estatais em face dos indivíduos. São os conteúdos normativos do Ordenamento Jurídico que informam o grau de civilização dos Estados Nações: se explicitamente autocráticos, se retoricamente democráticos ou se concretamente democráticos*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 125.

*normativos só estabilizáveis pela inteligência solitária e supostamente iluminada do intérprete-aplicador do direito*¹⁹⁶.

Por fim, para demonstrar a dogmática indiscernível dos institutos do **direito, lei e norma** pela *praxis* jurídica, é válido reproduzir decisões do Supremo Tribunal Federal que utiliza os três, indistintamente, inclusive sumulou, de forma errônea, determinado entendimento jurisprudencial:

*É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de **normas infraconstitucionais locais** que fundamentam a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. Incidência da Súmula 280 desta Corte. Precedentes. (...)*¹⁹⁷. (grifos acrescidos)

*(...) **DIREITO LOCAL**. SÚMULA 280. ANÁLISE DOS FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. 1. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: (...) 2. In casu, o acórdão recorrido decidiu a lide com **aplicação de normas infraconstitucionais**, por isso que eventual violação à Constituição o foi de forma indireta ou reflexa, o que inviabiliza a admissibilidade do recurso extraordinário. 3. A ofensa ao **direito local** não viabiliza o apelo extremo. (...)*¹⁹⁸. (grifos acrescidos)

*(...) A Súmula 280 do E. STF dispõe: Por ofensa a **direito local** não cabe recurso extraordinário. 3. In casu, a controvérsia foi decidida à luz de **interpretação de lei local**, revelando-se incabível a insurgência recursal extraordinária. 4. Agravo regimental desprovido*¹⁹⁹.

Da análise das decisões trasladadas, infere-se que o Supremo Tribunal Federal realiza interpretação vaga e imprecisa no momento da aplicação dos aludidos institutos jurídicos. Não há compreensão das acepções, sequer preocupação em perquirir seus conteúdos estruturantes, até mesmo a Constituição brasileira é inobservada, eis que o *artigo 102, III, “c” e “d”* utiliza, com exata precisão terminológica, a expressão “*lei local*”. Como se depreende, a *ciência jurídica dogmática* impera ressemantização teórica, urgentemente.

¹⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 167.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 606623/PE (Pernambuco). Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 171, 06 set. 2011.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 842553/PR (Paraná). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 181, p. 599, 29 set. 2011, p. 599.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 798954/DF (Distrito Federal). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 98, p. 775, 25 maio 2011, p. 775.

2.4 A desmitificação da dogmática dos princípios

O estudo esclarecido (*desdogmatizado*) sobre a concepção de **princípios**, na *pós-modernidade*, primordialmente após a instauração das democracias constitucionalizadas, somente é possível se a instalação da crítica se realizar no *espaço de tempo procedimental*, demarcado pelo **devido processo**. Nesse tom, não há falar em conteúdos metafísicos, transcendentais, histórico-culturais e axiológicos, sempre atribuídos aos princípios pela *ciência dogmática do direito*. **Princípio**²⁰⁰, na perspectiva do Estado de Direito Democrático, é *marco teórico regencial*, cujos enunciados são inferidos da *linguagem teórica* emoldurada no plano *instituinte* da normatividade que, no caso brasileiro, é o **devido processo**. Assim, como *inferente crítico*, recepciona o padrão hermenêutico perfilhado pelo ordenamento jurídico, impondo, como *referente lógico-jurídico*, seus conteúdos *normativos* e *estruturantes* nos três níveis de *construção-reconstrução* do direito. Nesse viés, oportuno trazer as lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

*Tomando-se por base esta concepção doutrinária tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, se reportam ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura*²⁰¹.

Princípios, portanto, são **institutos normativos** indicativos do marco teórico interpretativo da espacialidade de tempo procedimental, tendo em vista a escolha teórica realizada pela *comunidade jurídica* no plano instituinte da Lei Constitucional de 1988; ao mesmo tempo, delimitam a hermenêutica jurídica para a criação, interpretação, modificação e extinção de direitos, na perspectiva *teórico-paradigmática* (recepcionada pela principiologia jurídica do processo constitucionalizado). Nesse tom, assumem os princípios *status* de *disposição fundamental*, consistindo em âncora e unidade (epistemológica) para o sistema que, por ser democrático (*co-institucionalista*²⁰²), não contempla em seus conteúdos

²⁰⁰ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, "**princípio** é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como **referente** lógico-dedutivo, genérico e fecundo (*desdobrável*), é balizador dos conceitos que lhe são **inferentes**". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 97.

²⁰¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 103.

²⁰² Remete o leitor ao "Capítulo 3, Item 3.1.3.2".

principiológicos “valores fundamentais”²⁰³ extraídos da cultura (sociedade pressuposta). Isso significa que, os princípios, *pré-cognitivamente* instituídos pela procedimentalidade, são inafastáveis “*não porque estejam impregnados na consciência dos indivíduos*” por uma nua espacialidade, mas porque são articulações lógico-jurídicas inferidas de um discurso normativo (**processo constituinte originário**), que lhe confere validade e legitimidade democrática. De acordo com Rosemiro Pereira Leal, “são pressupostos jurídicos na instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia”²⁰⁴.

Forte nesses argumentos, partindo para uma abertura à desmitificação da dogmática dos princípios, vislumbra-se que o estudante de direito processual da atualidade tem uma grande responsabilidade e um desafio a se vencer: realizar o rompimento da ciência jurídica contemporânea com as amarras da *paidéia grega*²⁰⁵, onde a fundamentação do sistema está na *idealidade extra-mundana* (recinto sagrado da *physis* à instituição dos homens)²⁰⁶. Nesse tom, a concepção de princípios defendida por Robert Alexy, autor sempre citado em manuais de direito, merece maiores reflexões, primordialmente referente à perquirição sobre qual direito é objeto de estudo do doutrinador, bem como se esse direito produzido concorre para a efetivação de um direito processual democrático.

Em sua obra²⁰⁷, o filósofo defende que a Constituição (alemã) concebe os direitos fundamentais como “*ordem objetiva de valores*”, servindo de diretrizes para o exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. O sistema jurídico, portanto, é composto por *normas e valores constitucionais*, que exercem supremacia sobre todo o ordenamento. Para justificar respectiva concepção, Alexy perfaz a distinção entre *princípios* e *regras*, que são espécie do gênero *normas*.

Princípios são “*mandados de otimização*”, que carregam consigo conteúdo mandamental, de caráter geral. Isso significa que os princípios são normas com vasto âmbito de abrangência e incidência, permitindo sejam aplicados em situações

²⁰³ De acordo com Ingeborg Maus, “a transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”, p. 200.

²⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 31.

²⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia – A ação jurídica como exercício da democracia.

²⁰⁶ JAEGER, Werner. **Paideia**: los ideales de la cultura griega.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa. 1997, p. 159-177.

(casos concretos) distintas e, por serem dotados de *enunciações abertas*²⁰⁸, estabelecem linhas diretas ao ordenamento jurídico, por isso estão suscetíveis à *ponderação*.

As regras, por outro vértice, são “*mandados definitivos*”, com alto grau de determinabilidade, isto é, possuem um âmbito de incidência bem menor que dos princípios, sendo aplicadas à situações jurídicas específicas. Nesse sentido, concebida como *válida* uma regra, deve ser aplicada, do contrário (se *inválida*) não pode sê-la, devendo, inclusive, ser excluída do ordenamento jurídico²⁰⁹, pois não está suscetível à *ponderação*, mas sim à possibilidade de ser ou não submetida à subsunção da norma ao caso concreto na base do “*tudo ou nada*”²¹⁰.

Seguindo esse raciocínio, Alexy diferencia “*colisão de princípios*” e “*conflito de regras*”. Alinhado à filosofia alexyana, os princípios são aplicados à *medida do possível*, isso significa que, diante de uma situação jurídica, pode vir a ser aplicado

²⁰⁸ Denomina-se “*enunciações abertas*” o que Cármen Lúcia Antunes Rocha entende por “*polimorfia principiológica na Constituição*”. Nessa vertente doutrinária, os princípios se caracterizam pela imprecisão de seus significados, pois são dotados de *vagueza* e *generalidade*, permitindo-se inferir diversas interpretações (solipsistas e suprapositivas) deles a partir da Constituição. Nesse raciocínio, o *texto constitucional* é aberto, assegurando a “*livre investigação*” do magistrado para interpretá-lo, atualizando-o de forma contextualizada à história (contemporânea ao momento de aplicação da lei), conferindo uma solução ao caso concreto compatível com a realidade social. Esclarece a autora: “*A polimorfia principiológica na Constituição é que possibilita a multiplicidade de sentidos que se acrescentam e se sucedem, a fim de que o sistema tenha permanência, presença e eficácia social e jurídica. Fosse o princípio encarcerado num único sentido e sua cristalização unívoca e imutável imporia, como condição de eficiência do sistema jurídico, que a cada nova visão social do Direito se alterasse, formalmente, a ordem normada, a fim de que os novos termos, nos quais fossem eles expostos, sintonizasse o ideário social com o definido constitucionalmente*”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 39.

²⁰⁹ Hart, contrariamente à Alexy e, explicitamente, à Dworkin, de vez que, em sua obra, responde às críticas dworkinianas, não acata a distinção de regras e princípios aos moldes explicitados. De acordo com o autor, uma regra, reconhecidamente válida, deve ser aplicada ao caso concreto, exceto quando outra regra, considerada mais importante, seja também aplicada ao mesmo caso. Contudo, o fato de uma regra ser preterida em face de outra para o deslinde da questão, não significa declarar sua invalidade ou inaplicabilidade em outros casos. A regra, assim como um princípio, continua a existir no ordenamento jurídico, podendo, inclusive, ser aplicada em outros casos, se julgada mais importante que outra regra concorrente. Oportuno transcrever o posicionamento do filósofo: “*Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros caso, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente*”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007. p. 324.

²¹⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 162. Ressalta-se que o filósofo assume respectiva postura com base em Dworkin, que será, também, o objeto de estudo desta pesquisa, *in verbis*: “*As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*”. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

ou não. Quando se verifica a *colisão entre princípios*, um há de ceder ante o outro, porém, isso não significa invalidar qualquer deles, mas sim analisar qual tem *precedência* em relação ao outro diante do caso concreto. Assim, como não há hierarquia entre princípios, o problema da colisão é solucionado através da *ponderação*, ou seja, do *peso* – o que é mais *relevante* para o caso em questão²¹¹.

Contudo, conquanto os estudos de Alexy tenham contribuído para o desenvolvimento da *ciência dogmática do direito*, não podem ser recepcionados para a compreensão de uma epistemologia comprometida com o Estado de Direito Democrático. Ao enfrentar, criticamente, respectivo entendimento, vislumbra-se que o filósofo possui a visão de um sistema, que aloja o *locus* interpretativo no espaço demarcado pela *linguagem naturalizada*. Nesse sentido, os princípios são concebidos como *valores informativos do sistema*²¹², permitindo-se uma abertura *extrassistêmica*, em que se confere ao julgador solipsista uma nua espacialidade indemarcada para alicerçar suas justificativas decisórias que, nessas situações, podem fundamentar-se em *sentimentos, princípios de justiça, julgamento conforme a equidade, a moral, os bons costumes*. Ou seja, justificativas baseadas em critérios axiológicos, não passíveis de fiscalidade, de vez que não compartilhadas no espaço jurídico-argumentativo do **devido processo**.

Observa-se que Alexy não explica como realizar a *ponderação* entre princípios colidentes, apenas sustenta uma relação de “*precedência*”, em virtude do “*peso*”, que permite o afastamento de um princípio em face de outro para solucionar o conflito jurídico. Entrementes, na perspectiva hermenêutica das sociedades *pós-convencionais*²¹³, primordialmente a contemplada pelo paradigma jurídico adotado pela Constituição brasileira de 1988, imperioso esclarecer quais são os critérios

²¹¹ “La solución consiste, más bien, en la determinación de una relación de precedencia referida a las circunstancias del caso entre los principios que entran en colisión. De esta manera, el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. Este último sigue siendo parte del orden jurídico. En algún otro caso, puede invertirse la relación de precedencia. Cuál haya de ser la solución depende de los pesos relativos de los principios opuestos”. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 164.

²¹² Recepcionando a filosofia de Alexy, Walter Claudius Rothenburg, compreende que os princípios constituem “*expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)*”. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 16. Entretanto, conforme se tem conjecturado nesta pesquisa, considerar princípios como *valores* significa que a incidência deles se configura pela esfera da preferência. A interpretação, dotada de carga axiológica e subjetivista, faz com que a aplicação do direito seja fundamentada no que é priorizado ou na ponderação do que é melhor, isto é, em concepções suprapostas, sem comprometimento com o **direito processual democrático**, que demarca o discurso no espaço procedimental do **devido processo**.

²¹³ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 13.

interpretativos que conferem validade e legitimidade democrática ao provimento final construído – seja legislativo, judicial ou administrativo.

Nesse sentido, não há recepção de uma interpretação jurídica, que pretere um princípio em face de outro, imposta por um *solipsismo judicial* elaborado na *extra-procedimentalidade*²¹⁴, em inobservância à *legalidade constitucionalizada*, ainda que o julgador tenha as melhores intenções. Hodiernamente, o **devido processo** é teoria linguística que estabelece toda principiologia do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é o *compartilhamento cognitivo-argumentativo*²¹⁵ que assegura a legitimidade democrática do provimento final.

Assim, pelo princípio da reserva da lei, não há falar em *pauta de valores*, cotejados pela sensibilidade do julgador, a fim de conferir a melhor solução para o caso concreto, como sustenta Alexy. O **direito processual democrático** recepciona a principiologia constitucional do contraditório, ampla defesa e isonomia, conferindo *liquidez* e *certeza* aos direitos fundamentais que, nessa vertente epistemológica, são passíveis de *execução imediata*²¹⁶. Nesse raciocínio, pelos princípios institutivos do **devido processo**, a discussão concernente à colisão de um princípio face o outro se realiza no *espaço de tempo cognitivo* permanentemente aberto à interferência *crítica-argumentativa* do destinatário normativo.

Infere-se, portanto, que os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia são direitos fundamentais continuamente usufruídos no *iter procedimental* pela *parte*, por isso, com todo respeito à filosofia alexyana, impróprio se cogitar em *afastabilidade* (monodológica) de um princípio em prol do outro, tais como *celeridade* ou *ampla defesa, vida* ou *contraditório*, como pretendem os adeptos ao *instrumentalismo clássico*. Diante da *colisão principiológica*, a teoria linguística do

²¹⁴ Alexy compreende que toda colisão de princípios pode ser entendida como colisão de valores e vice-versa. Para o filósofo, a única diferença entre os dois institutos está nas características deontológicas, conferidas aos princípios, e axiológicas, atribuídas aos valores. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 164. Como se depreende, o espaço de *aplicação-interpretação* de direitos, contemplado pelo filósofo, não é o espaço discursivo procedimental, imposto pela constitucionalidade democrática de 1988, mas trata-se de um recinto extra-procedimental, que não absorveu as conquistas teóricas de uma epistemologia jurídica contemporânea.

²¹⁵ “Ambas, **cognição** e **jurisdição**, devem se apresentar como **atividades compartilhadas**, regidas pela teoria do processo, num espaço procedimental formalizado e orientado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. De se atentar que, quando se fala em regência pela teoria do processo, fala-se de uma teoria epistemologicamente adequada ao Direito Democrático”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado democrático de direito, p. 114.

²¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos, p. 335-343.

devido processo exige a aplicação imediata de ambos direitos fundamentais²¹⁷, uma vez que a *epistemologia constitucional democrática* não estabelece hierarquia entre institutos jurídicos, tampouco autoriza a *ponderação* solipsista.

Nesse viés, não há perquirir em predileção de um ou outro direito fundamental, principalmente se “*escolhido*”, solitariamente, por um julgador, uma vez que o **direito processual democrático** não mais contempla decisões fundamentadas em *falas naturalizadas*²¹⁸. A linguagem, por conseguinte, há de ser ressemantizada no *recinto procedimental processualizado*, onde a legitimidade construtiva da normatividade encontra-se fundante no “*eixo hermenêutico do ‘devido processo’*”²¹⁹ – *espaço jurídico discursivo procedimental*, assecuratório de criação, modificação ou extinção de direitos por uma *linguagem dialógica constitucionalizada*, conforme postulados epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Em nome da efetivação de supostos “*valores constitucionais*”²²⁰, portanto, não é legitimamente democrático buscar a *ponderação*, ainda que se diga *racional* (realismo jurídico), de *princípios colidentes* pela sensibilidade clarividente e

²¹⁷ Dilema enfrentado por Fernando Horta Tavares, em aula expositiva, ministrada em 28 de agosto de 2008, para a disciplina de **Fundamentos Constitucionais da Execução Civil**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Conferir, também: SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre: HS Editora, 2007, n. 14 (jan./mar. 2011), p. 244-268.

²¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *In: Marcelo Campos Galuppo (Org.). O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2007, p. 667.

²¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos, p. 666.

²²⁰ Interessante ressaltar que a Exposição de Motivos do Projeto de Lei 8.046/10 utiliza, estrategicamente, a *doxa* “*valores constitucionais*” para convencer o jurisdicionado de que uma nova legislação *resolverá os problemas* suscitados pela *comunidade jurídica*. Nesse aspecto, pretendem estabelecer (impor) o consenso de que o novo código deixa “*de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais*”. Como se depreende, a teoria que embasa a produção do novo Código de Processo Civil não concorre para a efetivação de um **direito processual democrático**, de vez que pressupõe aberturas sistêmicas que podem interditar ou ampliar direitos fundamentais pelo solipsismo judicial. Trata-se, pois, de um *agir estratégico* (“*forma pura de dominação*” – Max Weber) que, por meio de imprecisões terminológicas tenta-se persuadir os “*fora-da-lei*” para demonstrá-los o quão são condescendentes os patrimonializados, que conferem a “*melhor interpretação*” quanto aos pleitos de direitos fundamentais. De acordo com Rosemiro Pereira Leal, os fatos não são inocentes, como querem fazer crer os adeptos da *ciência jurídica dogmática*. A contemporaneidade vivencia uma armadilha milenar, da qual deve escapar: o direito como forma de dominação, elaborado para consertar os fatos. Nesse sentido, mantém-se a exclusão daqueles que estão fora da simétrica paridade processual, conservando a classe dominante no poder. Esses esclarecimentos foram extraídos das aulas expositivas, lecionadas por Rosemiro Pereira Leal, em 23 e 30 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

paternalista²²¹ do Judiciário. Ora, a Constituição não é recinto cósmico e pragmático de solução de “*casos concretos*” apartado do princípio da legalidade. Não se pode olvidar que a Constituição é **Lei** (diga-se de passagem, na perspectiva contemporânea, **democrática**) e, como tal, deve ser *interpretada-aplicada* em estrita observância às bases *teóricas instituintes* da sua própria normatividade. A **Lei Constitucional**, de conseguinte, é criadora do *texto normativo* que, inferido desse arcabouço *teórico-discursivo*, é *referente lógico-jurídico* para todo o ordenamento jurídico, como bem esclarece Rosemiro Pereira Leal:

*Entendemos que é pelo Direito, nessas novas concepções, que seria possível essa prática democrática, considerando o **processo** como **teoria da lei** instituinte desse sistema jurídico-democrático. Não estaria, de conseguinte, numa teoria da constituição o tema a ser empreendido para alcançar uma hermenêutica constitucional acessível a todos, mas na teoria da **lei** a criar e tornar normativo-jurídico-democrático o discurso constitucional como **obra** de uma teorizada vida linguístico jurídico-humana em que todos estariam implicados. Se a constituição é **lei** e só é válida juridicamente porque é **lei**, logo é a **lei** que primeiro tem de ser perquirida para sabermos a origem conteudística de sua imperatividade (coerção-coercitividade) e não primeiro e somente o discurso (texto constitucional) que lhe é derivado e que assume por causa da **lei** as qualidades normativo-diretivas para todo o sistema adotado²²².*

Como se depreende, uma interpretação conforme a Constituição não contempla um *texto constitucional* aberto às concessões ou interdições de direitos fundamentais por meio de decisionismos de cunho social ou político, que prometem adequar o direito à realidade fática, de vez que a *teoria da Constituição*, aos moldes explicitados, se recusa a “*trabalhar uma teoria da lei*”. Uma *teoria da Constituição* como instância destacada do *princípio da legalidade* permite uma liberdade indemarcada para atuação legislativa, jurisdicional e administrativa. Nesse viés, o *atuar conforme a lei* se perde na “*livre vontade e conveniência como órgão ‘nato e natural’ da atividade legiferativa*”, de vez que o plano instituinte da normatividade é omitido pelo intérprete-decisor²²³.

Nessa mesma perspectiva, Alexy sugere que o “*conflito entre regras*” seja solucionado através do *critério de validade*, ou seja, na base do “*tudo ou nada*”. Como se apreende, o autor não explicita qual é o padrão hermenêutico escolhido para conferir e justificar aplicabilidade ou não de determinado instituto jurídico. O

²²¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”.

²²² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 71.

²²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 72; 87.

filósofo, fundamentado na perspectiva de uma *teoria da Constituição*, aos moldes denunciados no parágrafo anterior, sustenta que o “*conflito entre regras*” pode ser solucionado pela introdução de uma “*cláusula de exceção*”, que declara inválida uma das regras; ou através dos métodos *hierárquico* (“*lex superior derogat legi inferiori*”), *temporal* (“*lex posteriori derogat legi priori*”) e *especial* (*lex specialis derogat legi generali*)²²⁴. Entretanto, observa-se que, da mesma forma que fundamenta sua teoria para solucionar a “*colisão entre princípios*”, as justificativas engendradas pelo filósofo para o problema do “*conflito entre regras*” não concorrem para a efetivação de uma *teoria processual democrática*.

Ora, a superação formulada por Alexy permite o ingresso do direito nos modelos de Estado Liberal e Social de Direito, que contemplam a proibição das antinomias (“*presença de normas conflitantes*”) pela obrigação da decisão solitária do intérprete-decisor, afastando-se o **devido processo** em prol de provimentos fundamentados na “*conveniência e equidade*”. No **direito democrático**, por um *salto linguístico-epistemológico*, o discurso da tradição se esvazia, uma vez que o foco questionador não é quais são os critérios de solução das *antinomias*, se *hierárquico*, *temporal* ou *especial*, mas a exigência de que a aplicabilidade ou não das regras se realize no âmbito do **devido processo** que, por seus *institutos cognitivos*, assegura que a “*escolha*” teórica se revista pelos postulados da legitimidade democrática. Essas são as lições de Rosemiro Pereira Leal, que também se espelham nos ensinamentos abaixo transcritos:

(...) se há normas conflitivas ditas vigorantes, impeditas de um julgar pelos direitos fundamentais do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL, o controle de legitimidade dessas normas vigentes válidas e eficazes não se faz por critérios do saber do JUIZ, mas pelos argumentos jurídico-procedimentais dos legitimados ao PROCESSO em sua expansividade legislativa e procedimental-corretiva e não por critérios imediatizados do saber administrativo ou judicial do decisor²²⁵.

Incorre no mesmo equívoco Ronald Dworkin que, ao se rebelar contra o positivismo que, segundo o autor, compreende o sistema jurídico como conjunto de regras, propõe solucionar os “*casos difíceis*” (isto é, em face da “*ausência de regras*”

²²⁴ Conferir: ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais** p. 32-33. De acordo com Dworkin, a resolução concernente ao “*conflito entre regras*” pode ser regulada “*através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero*”. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 43.

²²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 43-44.

– *anomias*) através da incidência dos *princípios*, que são considerados pelo filósofo como “*exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”²²⁶. Isto é, os *princípios* são concebidos como *axiomas de verdades absolutas*, coletados na cultura, com significados “*autoconceptivos de si mesmos*”²²⁷, de autoria *autopoiética* e consensos (pré-)estabelecidos (e até mesmo relativizados) pelo decisor solipsista.

Para justificar respectiva aceção, o filósofo aduz que os princípios apresentam-se em duplo aspecto: no primeiro, são caracterizados por possuírem conteúdo normativo, ou seja, têm “*obrigatoriedade de lei*”. O derradeiro e, em contraponto à primeira categoria, os princípios podem negar a característica de “*obrigatoriedade*”, momento em que o julgador afasta a aplicação de regras (positivadas) para lançar “*mão de princípios extra-legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar*”²²⁸. Trata-se do “*poder discricionário do juiz*”²²⁹ que, conquanto Dworkin sustente não ser arbitrário ou autoritário, desvincula-se de qualquer atributo que legitime um **direito processual democrático**, que contempla uma *linguagem procedimental jurídico-discursiva*, balizada pela *reserva da lei*. Ao contrário, na perspectiva dworkiniana, configura-se um direito arcaico e subjetivista, cujos parâmetros são extraídos da filosofia da consciência (espaço *extra-procedimental*), corolário de uma *razão axiológico-cultural*.

Nesse aspecto, verifica-se, em Dworkin, estreita vinculação do direito à política, uma vez que o filósofo aborda o “*direito como integridade*”²³⁰ e, quando o faz, refuta as concepções *convencional* e *pragmática*, que contemplam um sistema rígido da precedência (*regra jurisprudencial*) e da *praxis* judiciária (contemporânea

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 35-36.

²²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos, p. 666.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 46-7.

²²⁹ Segundo o autor, “*o conceito está associado à margem de liberdade de que juízes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão. Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre qual a lei é omissa. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias do caso*”. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 47.

²³⁰ “*Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tendem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 213.

ao momento de aplicação do direito), respectivamente²³¹. O filósofo, compreendendo o direito na perspectiva do julgador, cria “*um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade*”: Hércules, que não recepciona, cegamente, os precedentes, mas lhes confere a “*melhor interpretação*”, adequando-os, de forma coerente (justa), ao caso concreto (prática judiciária), com base em *princípios morais, políticos, de justiça ou de equidade*, externando, a partir de suas próprias convicções, “*o que é o direito*”²³².

Seguindo esse raciocínio, a abordagem da decisão judicial por Hércules é examinada no âmbito do sistema da *common law*, das leis e da Constituição, que permite Dworkin concluir ser o direito uma “*atitude interpretativa*”, direcionada à análise principiológica do direito. Para tanto, o filósofo se propõe a examinar as motivações que impulsionaram a criação do direito em determinado momento histórico que, para ele, externam as “*razões políticas*”. Contudo, essa experiência, por si só, não possibilita compreender o “*direito como integridade*” – teoria que sustenta. Tal empreendimento é alcançado a partir do cotejo do “*fator político*” com as nuances principiológicas da *equidade, justiça e devido processo adjetivo*, que possibilitam, pelo prisma do julgador, perquirir se o direito vigente (campo da validade) atende os compromissos da sociedade a qual será aplicado²³³.

Assim, a regra da precedência, a lei e a Constituição não são impositivas porque compõem o ordenamento jurídico, simplesmente, mas porque são aplicadas a partir da “*atitude interpretativa*” do decisor-solipsista que, diante da proibição do *non-liquet*, se vê obrigado a decidir. Como se infere, a legalidade é compreendida a partir da concepção do *ethos* (recinto da *physis*), enquanto norma, universalmente válida, apta a “*dar a cada qual o que é devido*” (*diké*)²³⁴, uma vez que o sentido e impositividade da lei são extraídos das convicções de um julgador soberano e

²³¹ “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou para programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.

²³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 287-293.

²³³ ARAÚJO, Marcelo Cunha. O Império do Direito de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, p. 118-142, 2001.

²³⁴ JAEGGER, Werner. **Paideia**: los ideales de la cultura griega, p. 105-107.

clarividente e não da *processualidade jurídica*, como propugna a noção de **direito democrático**, aos moldes da constitucionalidade brasileira de 1988²³⁵.

Com base nesses estudos, apreende-se que Dworkin é mais radical que Alexy, tendo em vista colocar nas mãos de Hércules o destino de toda a sociedade, por meio da *atitude construtiva do direito*. Através de uma interpretação solitária, de livre manejo de *princípios de justiça, política, moral e equidade*, confere-se a aplicação atualizada do direito, com o intuito de construir “o melhor caminho para um futuro melhor”²³⁶. Ao que se afigura, o filósofo tem boas intenções, contudo, quem é que gostaria de ser Hércules, para ver-se obrigado a arcar com toda essa responsabilidade?

A projeção de um estudo de **direito processual democrático** parece solucionar o problema da sobrecarga decisória, de vez que distribui entre os destinatários normativos os encargos sobrevividos do provimento final (tanto no aspecto de sua construção, quanto dos seus efeitos). A *co-autoria* desmistifica a secular *razão instrumental solipsista*, permitindo-se, através dos institutos jurídicos do **devido processo**, o exercício (horizontal) do poder na consecução das atividades essenciais (legislativa, executiva e judiciária) do Estado, que tem como fonte *legítima e democrática* a inclusão participativa e fiscalizadora, pelo *direito-de-ação coextenso ao procedimento*, de toda *comunidade jurídica*, conforme conteúdos epistemológicos preconizados pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Hart, seguindo a concepção de um direito “achado” e “dado” pelo julgador, também entende que os princípios são institutos integrantes do sistema jurídico – momento em que rebate os apontamentos de Dworkin, que apresentou críticas à doutrina hartiana por, na sua concepção, abordar o direito, tão somente, na perspectiva de *regras*²³⁷. Nesse tom, pelos critérios estabelecidos pela “regra de

²³⁵ “Na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual. No direito democrático, se a lei, em qualquer nível, é obscura, ininteligível, lacunosa, ambígua, antagônica, inadequada, por anomia ou antinomia, caberia ao juiz decidir segundo os conteúdos paradigmáticos da teoria do Estado democrático de direito em suas bases de fundamentalidade jurídica (direitos humanos) já pré-julgados na instância constituinte da institucionalização de direitos”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 39.

²³⁶ De acordo com Ronald Dworkin, “é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 492.

²³⁷ “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato

*reconhecimento*²³⁸, os princípios são *aceitos* e, até mesmo, *criados* na prática tribunalícia para, na *falta do direito* e, diante da necessidade de uma *conexão conceitual entre o direito e a moral*, serem aplicados nos julgamentos de casos concretos²³⁹. Com base nesses estudos, infere-se que o filósofo, acolhendo os postulados da *ciência dogmática do direito*, que não se pode recusar a decidir, veda o *non-liquet*, proibindo a existência de “*lacunas no direito*” pela dicção (imposição) discricionária e solipsista de preceitos autoritários e *extrassistêmicos*, denominados, pelo autor, de *princípios*. Observa-se que Hart, em desarmonia aos postulados de um **direito processual democrático**, preconiza um sistema fechado, onde se proíbe a ausência normativa, uma vez que os pleitos dos jurisdicionados, postos em julgamento, não de ser solucionados

pelos princípios realistas da subjetividade do decisor (...) bem como em razoabilidades inefáveis de princípios de transcendência, boa-fé, bons costumes, conveniência, equidade, bom senso, convertendo a ciência do

*de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 35.*

²³⁸ De acordo com a doutrina defendida por Hart, a “*regra de reconhecimento*” preconiza a *aceitação* do direito que, para o autor, pode ser extraído das leis, da Constituição e dos costumes, por parte dos tribunais, funcionários, particulares ou consultores. Trata-se, pois, da *praxis* jurídica, que identifica as regras a partir de sua manifestação no caso concreto. A regra (concreta) é reconhecida a partir de sua derivação de “*um estatuto de autoridade especial, que lhe é conferido por outras regras*”, ou seja, é deduzida do conjunto de “*regras de orientação*”, sendo aplicada se considerada *válida*. A *validade*, para Hart, está vinculada ao cumprimento satisfatório dos “*critérios facultados pela regra de reconhecimento*”, que é a “*regra última*”, que estabelece um critério hierárquico, de subordinação, o “*supremo*”. Este critério é apreendido como *referencial* para as demais regras do sistema, na medida em que estabelece, por seus conteúdos *últimos*, um conjunto de *requisitos de validade*, “*dos quais é supremo*”. As regras, portanto, identificadas por manterem afinidade ao *critério supremo*, são *reconhecidas como válidas* e, uma vez recepcionadas pelo ordenamento jurídico, são aplicadas nos casos postos em julgamento. Noutro aspecto, a ideia de “*regra última*”, conferida à “*regra de reconhecimento*” se configura num regresso à *primeira regra* que lhe deu origem e, por conseguinte, lhe outorga validade, como no exemplo citado pelo autor: “*Quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida, porque satisfaz a regra de que aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito, para a afirmação de que na Inglaterra esta última regra é usada pelos tribunais, funcionários e particulares como a regra última de reconhecimento, passamos de uma afirmação interna de direito, enunciando a validade de uma regra de um sistema, para uma afirmação de facto externa que um observador do sistema poderia fazer, mesmo que não a aceitasse*”. Seguindo esse raciocínio, Hart compreende que a “*regra de reconhecimento*” é uma situação jurídica de *fato*, de vez que somente “*existe como uma prática complexa*”, por consensos estabelecidos entre os tribunais, funcionários e particulares, que identificam o direito através dos critérios “*supremo*” e da “*última regra*”. Forte nesses argumentos, afirma: “*sua existência é uma questão de fato*”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p. 111-121.

²³⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p. 321.

*Direito em esdrúxulo recinto de decisão personalista de um juiz clarividente*²⁴⁰.

Contudo, não se pode olvidar que, numa perspectiva da epistemologia jurídica contemporânea, ao se proibir a existência de lacunas, suprime-se a vontade popular, de vez que impõe à *comunidade jurídica* a obrigatoriedade de conviver com leis obsoletas que, na prática judicial, são interpretadas (atualizadas), solitariamente pelos tribunais, para atender uma razão existencial do momento de aplicação da lei (*mens legis*). Nesse tom, há exclusão do destinatário normativo no direito de exercer o controle de constitucionalidade das leis, pois se veda o *acesso ao processo*, que assegura a todo o povo o direito de fiscalizar as atividades praticadas em seu nome, pela fruição dos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia. Como se depreende, a tradição preconiza um direito captado da essencialidade *extra-procedimental*, imposto por uma *ditadura da consciência* (recinto indemarcado, de impossibilidade fiscalizatória), o que transgride a opção constitucional do paradigma de Estado vigente²⁴¹.

Em Hart, portanto, *princípios* são concepções doutrinárias e práticas (“*condutas dos tribunais*”), distinguindo-se das *regras* por serem *gerais* e *extensos*. Assim, por apontarem para uma dimensão (grau) maior que das regras, os princípios direcionam a produção legislativa, dando-lhe explicação, fundamento e justificação. No aspecto prático, isto é, no âmbito de aplicação em julgamentos concretos, ao contrário das regras, que “*obrigam a uma decisão*”, os princípios assumem o caráter de *quase conclusivos*. Isso significa que não têm a mesma força normativa que as regras, pois são argumentos que podem ou não serem considerados pelos tribunais, uma vez que se “*limitam a apontar para uma decisão*”, em específico. São, por conseguinte, “*padrões jurídicos variáveis*”, a serem *ponderados* que, em virtude de possuírem vasto campo de incidência, assumem eficácia aplicativa em “*quase todas as situações jurídicas*”. Oportuno ressaltar que, essa decisão, de *reconhecer se*

²⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 70.

²⁴¹ “Uma ‘democracia’ radicalmente desamparada da *physis*, da *ágora*, da *lexis* e do *bios-polytikos*, há de se conjecturar na pós-modernidade por um salto epistemológico de uma *linguisticidade escritural* (contribuição jurídica) que possa ofertar o ‘contraditório’ no âmbito (lacunas) da *hubris* pela permissão de um *non-liquet* como lugar de criação de sentido pela instituição teórica do ‘devido processo’ (concepção neo-institucionalista)”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, p. 673.

determinado princípio é aplicável (ou não) ao caso concreto, é “*manifestada nas práticas dos tribunais*”²⁴².

Seguindo esse raciocínio, os princípios são identificados pelo que o autor denomina de “*predigree*”, que caracteriza sua função “*não conclusiva*”, ou seja, a possibilidade de ser preterido em face de outro princípio ou, até mesmo, em face de uma regra que “*apresente razões mais fortes para uma decisão alternativa*”. Além disso, conforme sustenta o filósofo, os princípios podem ser invocados pelos tribunais para solucionarem diferentes casos, mas, por outro lado, podem ser afastados se, em determinadas situações, apresentarem sentidos opostos²⁴³.

Essa identificação e, por conseguinte, a utilização dos princípios nos casos a decidir, é realizada pelo critério da “*regra de reconhecimento*”, que recepciona um pressuposto “*direito constituído*”, formalizado por um conjunto de regras hierarquizadas e devidamente interligadas umas com as outras, numa relação de superioridade e subordinação. A *aceitação* dos princípios, a partir do sistema jurídico *dado*, é extraída de um consenso entre juízes (“*forma convencional de consenso judicial*”), ou seja, a existência dos princípios depende do *reconhecimento* dos tribunais²⁴⁴.

Com base nos estudos enfrentados, vislumbra-se que Alexy, Dworkin e Hart, bem como toda a *ciência dogmática do direito*, tendo em vista fundamentar a produção de um direito aos moldes dissertados, contemplam a análise da lei pelo método decisório da *lógica formal*²⁴⁵. Nesse tom, entrega-se à autoridade do julgador a possibilidade de perquirição dos critérios utilizados para elaboração da lei, prevalecendo um esquema de *necessidade e conveniência*, sempre conjecturado pela *praxis* tribunalícia. Infere-se que a lei “*dada*” ou “*achada*” (no recinto metafísico, *extrassistêmico*) é considerada “*pronta*” e “*acabada*”, por isso deve ser aplicada, tão somente, não havendo qualquer exigência de explicitação de seus conteúdos de criação – Estados Liberal e Social de Direito. É somente com Karl Popper e Rosemiro Pereira Leal, pelos critérios epistemológicos do falibilismo e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que se apresentam a imperiosidade de investigação (compartilhada) dos critérios instituintes de elaboração da lei (pelo

²⁴² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p. 322-325.

²⁴³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p. 326-327.

²⁴⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p. 328.

²⁴⁵ Remete-se o leitor ao “*Item 2.3.2.1*” da presente pesquisa.

destinatário normativo) que, assumindo contrariedade pelos princípios autocríticos, encaminham a produção de um **direito processual democrático**.

Infere-se, portanto, que o discurso da *ciência jurídica dogmática* é eloquente e ideológico²⁴⁶, pois é comumente encontrado em doutrinas, bem como praticado pelos tribunais, chancelas a *interpretações solipsistas*, tendentes a atualizar ou atribuir significado ao texto da lei a partir de estudos voltados para a descoberta da *ratio legis (mens legis)* ou da *occasio legis (mens legislatoris)*. Essa técnica interpretativa é realizada com apoio nas experiências do decisor, como preconiza a *escola instrumentalista do processo*, que privilegia a autoridade do julgador, sustentando uma base doutrinária ancorada nos *escopos magnos da jurisdição*²⁴⁷. Nesse viés, abona-se uma *hermenêutica de especialistas (axiológico-judicial)*, alicerçada no eixo paradigmático da *jurisprudência de interesses*²⁴⁸, dos arcaicos Estados Liberal e Social de Direito, *locus* justificante das “*decisões políticas fundamentais*”²⁴⁹.

Dessume-se disso, a atual e maior angústia dos estudiosos em **direito processual democrático**, comprometidos com o paradigma estabelecido pela Constituição brasileira de 1988, *verbi gratia*: o direito contemporâneo está fadado a conviver com o *império das máximas tópico-retóricas*²⁵⁰. Esse tormento já foi declarado há mais de 03 (três) décadas, no singular estudo realizado pela professora Rosa Maria Cardoso da Cunha, quando afirmou que o significado das expressões legais

²⁴⁶ De acordo com Rosa Maria Cardoso da Cunha, o *pensamento dogmático* carece “*de uma contra-ideologia ou de uma contra-dogmática. Em verdade, o saber dogmático não corresponde apenas a uma má consciência dos juristas, um conhecimento idealizado sobre o direito positivo encarcerado em livros de doutrina ou em discussões de gabinete. Seu caráter mitificador incide sobre a realidade determinando modos de estabelecimento da verdade, formas específicas de reconstruí-la e de ocultá-la*”. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**, p. 23.

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 182-188.

²⁴⁸ “*A jurisprudência dos interesses insiste no papel determinante da decisão que o legislador tomou no momento da criação da norma, após ponderação de interesses conflitantes. O julgador deve reconstruir essa decisão, buscando elementos históricos e sociológicos que lhe permitam identificar os interesses sociais que o legislador quis tutelar. Tarefa do julgador é preservar esses interesses no caso concreto que o legislador não poderia prever nem regulamentar de forma exaustiva*”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político, p. 148.

²⁴⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**, p. 79.

²⁵⁰ “*Acredita-se, ao longo dos tempos, que pela tópica é possível encerrar o ouvinte nas grades de seus próprios valores, crenças (ethos) ou opiniões arraigadas (eidéticas), fazendo-o aceitar docilmente as conclusões (perorações) do orador ou decididor*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 95.

*decorre de um complexo processo de convenção social, histórica, conjuntural, ideológica, que determina a interpretação. Assim a “univocidade das palavras da lei”, a “vontade do legislador”, a “vontade autônoma da lei”, a “natureza jurídica” ou essencial das instituições jurídicas, as definições que reproduzem a “natureza das coisas” **são mitos do pensamento dogmático***²⁵¹. (grifos acrescentados)

Como se depreende, os princípios assumem *caráter tópico-retórico*²⁵², de vez que têm por finalidade, na perspectiva dogmática, de cumprir funções integradora, política e social, tendo conteúdos variáveis a partir da sensibilidade crítica do intérprete-julgador. Ao conferir respectiva característica aos princípios, premia-se a hermenêutica filosófica, criando-se uma base axiológica para *construção-reconstrução* do direito, pois sua fonte é a *praxis* social. Em contraponto, isto é, na vertente paradigmática de um **direito processual democrático**, oportuno esclarecer que a Constituição brasileira não recepção uma concepção jurisprudencial, baseada em *interesses* de uma *sociedade pressuposta*, em que a função jurisdicional aparece como substitutiva do **devido processo**. O **direito processual da pós-modernidade** preconiza a resignificação do direito pré-estabelecido (anteriormente ao plano instituinte da normatividade), a partir das conquistas histórico-teóricas. Nesse tom, instaura-se a *“processualidade jurídico-linguística”*²⁵³ para, no exercício do contraditório, ampla defesa e isonomia, estabelecer o *“pactosígnico”*, que estabiliza o sentido da *“fala humana”* pelo *processo*, afastando a *“polissemia de uma jurisdição constitucional garantista”*²⁵⁴.

Fundamentado nesses estudos, conjectura-se que a epistemologia do **direito processual democrático** pugna pelo *“desato dos nós”*, ainda fixos na *paidéia grega*. Nesse raciocínio, imperioso cientificar aos desavisados que o *salto epistemológico* ocorreu com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, de onde se erige uma *abertura linguística de uma constitucionalidade processual*, o que assegura a instrumentalização da jurisdição em face do processo, e não o contrário, como ainda sustentam os adeptos da teoria da relação jurídica. Assim, sob os

²⁵¹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**, p. 17-18.

²⁵² Acolhe-se, nesta pesquisa, o entendimento de Rosa Maria Cardoso da Cunha, para quem *tópico-retórico* deve ser compreendido como *“um standard valorativo permeável a variações de sentido na ordem sincrônica e diacrônica. No campo do direito o tópico retórico é um princípio ideológico ordenador da interpretação e aplicação dos institutos jurídicos, expressando pontos de vista aceitos pela comunidade dos juristas”*. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**, p. 37.

²⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos, p. 672.

²⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 41.

primados de uma hermenêutica implantadora de um **direito processual democrático**, revela-se ao *instrumentalismo clássico* a derrocada das *sociedades metafísicas*, jazidas em ruínas. Difunde-se, outrossim, a *morte do mito da autoridade*, declarada pela *processualidade linguístico-democrática*, que aproveitou o ensejo para levar consigo “a *idéia do ethos universal*”²⁵⁵.

Diante disso, não há quaisquer aberturas de recepção, pelo **direito processual democrático**, de uma *regra jurisprudencial (legal rule)* produzida, adequada e valorada pelas mentes eruditas dos seres judiciosos, como querem os adeptos do sistema da *common law*²⁵⁶. Ou, ainda, o abono de “*interpretação de fórmulas legislativas*”²⁵⁷ (sistema do *civil law*) pelo solitário saber inato dos julgadores, comprometidos com a “*melhor interpretação*” do direito a ser “*dada*” à *comunidade jurídica*, como se esforça Hércules. Nas democracias contemporâneas, não se acolhe essa liberdade que a dogmática concede ao julgador, que lhe oportuniza um espaço de construção do pensamento jurídico, não suscetível de investigação pelo destinatário normativo, pois, nessa vertente, a eficácia da norma se auffer pela interpretação do julgador solipsista, o que é um entrave para reflexão jurídica de cunho científico-democrático.

Por outro vértice, o *discurso jurídico* que se encaminha pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, conjectura o apontamento de falhas na estrutura do conhecimento pelo **devido processo**, que é teoria linguística suscetível de refutabilidade. Nesse arcabouço teórico, o **direito processual democrático** desmitifica o dogma autoritário do intérprete-decisor, exaltado pela doutrina bülowiana, que privilegia a hierarquia do julgador em face da *parte legitimada ao processo*. Assim, ao *desnaturalizar a fala pelo processo*, tem-se a queda da *ditadura da consciência*, de vez que a racionalidade do conhecimento científico permite indicar as aporias constantes na estrutura (escrita e formalizada) do procedimento. Concomitante, através dos conteúdos *interrenunciativos* dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, é possível fiscalizar, continuamente, os

²⁵⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 109.

²⁵⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 283. De acordo com Dworkin, o termo *common law* “designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através do processo legislativo”. DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**, p. 37.

²⁵⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 82.

critérios enunciativos geradores e reconstrutores da lei, o que confere legitimidade normativa ao direito.

Seguindo esse raciocínio, apreende-se que concepções principiológicas *metafísicas* ou *extrassistêmicas* são mitos da *ciência jurídica dogmática* que, para serem *desmitificadas*, imperam a instalação de um *medium linguístico*: o **devido processo**. É nesse *espaço procedimental linguístico-discursivo* onde se constrói o conhecimento jurídico-objetivo²⁵⁸ e se afere a legitimidade normativa. Portanto, os princípios, enquanto institutos jurídicos (direitos fundamentais), não de ser ressemantizados pela problematicidade da linguagem enunciativa do **devido processo**, desvinculando a linguagem de “*pressupostos histórico-axiológicos*”²⁵⁹ e, por conseguinte, de argumentos de autoridade, somente admissíveis em paradigmas de Estado Liberal ou Social de Direito.

Assim, na concepção de um **direito processual democrático**, não há falar em reconhecimento ou não de direitos por uma *realidade pressuposta*, em que a “*vontade*” da lei é a manifestação *histórico-sociológica* de uma dada sociedade, abstraída e repensada pela inteligência judicante dos especialistas que, condescendentes em atender os clamores sociais, avalizam a interpretação *extrassistêmica*, pautada na *equidade, analogias e costumes*²⁶⁰. Como se vê, o

²⁵⁸ “Na contemporaneidade, a decisão judicial só pode abrigar fundamentos que habitam o conhecimento objetivo, um fundamento que se oferta à crítica, que pode ser conhecido e falseado por seu destinatário, uma motivação que se apresenta ao contraditório”. MADEIRA, Dhenis Cruz. Igualdade e isonomia processual. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrónio; NUNES, Dierle José Coelho (Coord.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 430-431.

²⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos, p. 673.

²⁶⁰ De acordo com o lecionado por Dhenis Cruz Madeira, conceder ao julgador qualquer margem de discricionariedade, que o leve a motivar o provimento jurisdicional através de seu “*livre convencimento*”, demonstra a sucumbência de toda principiologia constitucional do processo face ao arbítrio, a autocracia e ao solipsismo judicial. O autor afirma que a legislação da infraconstitucionalidade, a despeito do paradigma jurídico democrático, ratifica a interpretação solitária e metajurídica, conforme se depreende dos artigos 126, 127, 130, 131 e § 2º do artigo 416, todos do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 107. Infere-se que, a linha hermenêutica de elaboração do Código de Processo Civil (1973) não tem compatibilidade com a Constituição brasileira de 1988, uma vez que a legislação processual possui fins estratégicos para se adequar ao sistema político da época (Estado Social de Direito). Contudo, conquanto a Lei Constitucional assente em seu texto as conquistas histórico-democráticas, a proposta de um novo Código de Processo Civil, elaborada em 2010, apresenta-se totalmente divorciada do paradigma constitucional. Extrai-se da Exposição de Motivos propostas que suprimem o exercício do **devido processo**, pois ainda se propugna um *instrumento processual de realização da paz social*; a sumarização da cognição em prol de “*um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo*”; a supressão do contraditório em prol de atos decisórios praticados por um julgador

discurso jurídico ainda está incrustado no arcaísmo subjetivista dogmático, revestido de *cargas axiológicas*, somente apreensíveis e deduzidas por uma assembleia de especialistas. Por isso, e dada a nova ordem constitucional, que instituiu um novo marco teórico, o **devido processo**, exige-se o esvaziamento do *caráter retórico* do princípio da legalidade, uma vez que o *discurso jurídico democrático* suplica o conhecimento crítico-científico pela articulação do processo.

Para tanto, primordial a desmitificação da linguagem jurídica, cujo empreendimento somente é obtido com a transferência do *locus* interpretativo, que até então fixa assento na filosofia da consciência (recinto metafísico), para a matriz regencial do **devido processo**. A reconstrução da *linguagem pelo processo* demonstrará que a *tópica e a retórica (linguagem jurídica axiomatizada por interpretações (solitárias) metajurídicas)*, externadas na *jurisprudência de valores*²⁶¹,

soberano e hierarquicamente superior às partes. Como se vê, o plano instituinte da lei infraconstitucional é diverso daquele escolhido pelo legislador constituinte da Constituição brasileira. A nova legislação processual civil acolhe o *modelo constitucional de processo civil*, aos moldes da teoria da relação jurídica (vide “*Capítulo 3*” da presente pesquisa). Nesses termos, a lei produzida, que cerceia direitos fundamentais, mantém o soberano, nas palavras de Dhenis Cruz Madeira, “*no centro da cognitividade*”, recepção cláusulas abertas de livre apreensão pelas íntimas convicções do intérprete-decisor, inviabiliza o *direito-de-ação*, bem como o direito ao recurso, guarda perfeita sintonia com o plano instituinte infraconstitucional perfilhado. Entrementes, apresenta-se *caráter retórico*, se vislumbrada na perspectiva da teoria escolhida no nível instituinte da Lei Constitucional, o **devido processo**, o que é uma agressão teórico-conceitual. Ora, não se permite, por supremacia constitucional, que atos normativos sejam elaborados em desacordo à reserva legal, que é balizador teórico para todos. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil é contraditório com ele próprio, de vez que declara: “*o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de fo[r]m[a] a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais*”, entretanto, ao elaborar a lei, o faz em harmonia com um modelo de Estado já superado pela Constituição brasileira de 1988. A proposta de lei não rompe com o paradigma anterior, por isso afirma: “*criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente*”. Assim, tendo em vista que o **devido processo** é critério escolhido (pela *comunidade jurídica*) para decidir, impera instaurar o controle de constitucionalidade, pelo *direito-de-ação coextenso ao procedimento* (Teoria Neoinstitucionalista do Processo), a fim de fiscalizar o discurso que, ao ser perquirido, ficará demonstrado que os critérios enunciativos da lei não se adéquam à teoria perfilhada pela Lei Constitucional. Contudo, o “*controle de constitucionalidade no processo legislativo*” pelo *povo (legitimado ao processo)* não é teoria praticada no Brasil, por falta de esclarecimento científico concernente a uma teoria de processo que concorra para efetivação de um **direito processual democrático**. Por essas razões, são tão adequadas as lições de André Del Negri, de vez que se ajustam, perfeitamente, às críticas referentes à produção legislativa do novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “*A ânsia de produzir a lei de forma célere pode, às vezes, induzir os parlamentares, com exclusão da maioria, a utilizar o processo legislativo em nome de uma representatividade espúria, deixando os cidadãos carentes de uma lei produzida democraticamente e em harmonia com o devido processo legislativo*”. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 88.

²⁶¹ A *praxis* tribunalícia no Brasil espelha uma jurisprudência concebida como um “*estilo*”, conforme Viehweg, que tem “*como qualquer outro estilo, muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa. Com alguma aptidão, este estilo é imitável e praticável, alcançando, como atitude espiritual que se exercita um alto grau de confiabilidade*”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 71.

não possuem amparo *legal-constitucional*, aptas a conferirem legitimidade à interpretação (criação, modificação ou extinção) do direito, tendo em vista o viés jurídico-democrático, abarcado pela Lei Constitucional brasileira.

Em virtude disso, hodiernamente, é imprescindível apresentar e submeter à crítica (*falibilidade discursiva*) da comunidade acadêmica propostas como a presente, tendentes em romper com a tradição do pensamento jurídico dogmático. Ora, se nas sociedades *pós-metafísicas* a “*linguagem processual*” ainda é maquiada pelo *discurso tópico-retórico-ideológico*, portanto, descomprometida com a racionalidade jurídico-democrática (espaço procedimental processualizado), por certo não comporta os padrões mínimos de existência, validade e legitimidade. Por isso, a desmitificação da dogmática dos princípios é importante, pois suas características, *ontológica* e *deontológica*, necessitam ser reconstruídas no plano da *teoria da processualidade democrática*, como propugna a presente pesquisa. Objetiva-se, com isso, reestruturar este *referente lógico-jurídico, condutor (limite) de interpretações*, no âmbito do *medium linguístico*, onde os critérios hermenêuticos atuam segundo uma racionalidade objetiva, discursiva e constitucionalizada, pelo **devido processo**.

Nesse aspecto, indispensável a se esclarecer, neste ponto, é que, na concepção de um **direito processual democrático**, a construção e reconstrução incessante da lei legitimam-se no recinto do **devido processo**, marco teórico regente da constitucionalidade brasileira, sendo concebido como instituto jurídico autocrítico de fiscalidade irrestrita e continuada pelos destinatários normativos²⁶². Assim, os princípios, enquanto limites interpretativos (ontologia) e impositivos de um “*dever-ser*” (deontologia), exigem, no atual marco teórico jurídico, serem desvestidos do *caráter retórico*²⁶³, a fim de fixar os critérios hermenêuticos em balizamentos discursivos e democráticos. É imperioso, portanto, desatar-se das vinculações interpretativas, ainda alojadas no *locus da “fala” natural* e reestruturar a *linguagem*

²⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 86-90.

²⁶³ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, “*impõe-se, na teoria linguístico-problematizante do direito, esclarecer, como excludente do caráter retórico do princípio da legalidade, que a norma de processo é precedente-originária e legiferativa (criadora) do ainda apelidado direito material que só se constitui de conteúdos institutivos do ser, ter e haver, pela teoria linguística do discurso processual, não se limitando, como querem os antigos juristas, aos significados do proceder para conduzir e aplicar o maternal direito material pela atividade judicial (judicacional) dos juízes*”. LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 7, n. 1, dez. 2008, p. 02. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 05 jul. 2009.

no *espaço procedimental processualizado*, *sítio* legítimo de criação, modificação ou extinção de direitos, conforme posto constitucionalmente, segundo o paradigma jurídico brasileiro.

3 DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E PARADIGMAS JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICOS

3.1 Modelos processuais e Paradigmas de Estado de Direito

No intróito, cabe explicitar como esta pesquisa abordará a acepção do termo “paradigma”. A *ciência dogmática do direito* tem-se apropriado das noções empreendidas por Kuhn, que define paradigma em dois sentidos distintos: **a)** “*aquilo que os membros de uma comunidade partilham*”²⁶⁴; **b)** “*modelos ou exemplos*”²⁶⁵ a serem seguidos. Importante ressaltar que Kuhn é cientista vinculado à física²⁶⁶ e, em momento algum de sua obra, explora a concepção de paradigma no campo da ciência do direito; quem realiza tal aporte são os filiados à dogmática jurídica. O autor sustenta o desenvolvimento da ciência subjacente à estrutura paradigmática, isto é, o paradigma assegura uma rigidez científica, que não pode ser modificada. A linguagem compartilhada no sistema é “*pano de fundo*”, são “*pré-compreensões*”²⁶⁷, que devem ser recepcionadas em toda e qualquer interpretação científica.

Verifica-se, portanto, que a perspectiva paradigmática kuhniana concebe uma ciência a reboque de uma inercialidade, uma vez que não se permite uma fiscalização do sistema. Na concepção de Kuhn, paradigma é estabilizador de expectativas científicas, isto é, é *modelo a ser seguido*, sem qualquer possibilidade de questionamentos. É, por conseguinte, *locus* criativo de *ideologias*²⁶⁸, de vez que essa ciência não acolhe os enunciados de uma epistemologia quadripartite (aos moldes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo), mas instala-se, tão somente, no

²⁶⁴ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7. ed. São Paulo:Perspectiva, 2003, p. 219.

²⁶⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 218.

²⁶⁶ OMMATI, José Emilio Medauar. **Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 16.

²⁶⁷ De acordo com Menelick de Carvalho Netto, o paradigma “*se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na pragmática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo*”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma de Estado Democrático de Direito. **Revista de direito comparado**, Belo Horizonte, v. 3, maio 1999, p. 476.

²⁶⁸ “*O êxito de que se orgulham as ideologias (não teorias!) da vigente **Ciência Dogmática do Direito**, atualmente aliada explícita o **paradigma kuhniano**, faz esquecimento da repressividade do velho sobre o novo inovador de tal modo a desestimular programas de investigação que possam concorrer com os saberes já cristalizados*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 201.

recinto da *técnica (proceder-fazer dogmático)* que, impregnada da ciência, é produtora de *tecnologia*²⁶⁹.

Nesse tom, no campo da *ciência dogmática do direito*, paradigmas são concebidos como fundamentos de determinado sistema jurídico, já cristalizados na *pragmática-política-social-cultural*. Por isso, não é muito raro, depararmos com concepções que designam paradigmas como *pré-compreensões de dada sociedade*, “*guias para a ação*”²⁷⁰, “*momento constitucional*”²⁷¹, *compreensão, por uma dada sociedade, de seus “princípios constitucionais e o sistema de direitos*”²⁷² ou “*conjunto de concepções e pré-concepções compartilhadas por uma determinada comunidade em um[a] dada época e local*”²⁷³, por exemplo. Os paradigmas, nesse viés, são acolhidos como *interpretações pré-estabelecidas (rígidas)* de uma *comunidade de sujeitos*, portadores de direitos, consensualmente instituídos nas bases de uma dada sociedade hipotético-pressuposta. Isto é, os indivíduos são possuidores de desejos, sentimentos, interesses que, a partir de um acordo, pré-estabelecido entre *iguais* (patrimonializados), são *positivados*. Essa *positivação* ocorre no espaço público paradigmático, que delimita o contexto social, criador de uma jurisdição homologatória da *vontade dos sujeitos de direito*, preconizada em determinado momento histórico – daí se origina a conotação “*direitos materiais*”, ou seja, *direitos homologatórios de uma (nua) realidade previamente assentada*²⁷⁴.

Na concepção científica aduzida, vislumbra-se que não há qualquer possibilidade de intervenção fiscalizatória e continuada no campo social, trabalha-se com a mimese paradigmática, a saber, a repetição da realidade por uma *linguagem naturalizada*. Por isso, o estudo das teorias de processo e das decisões (políticas, legislativas e jurisdicionais), introduzido por um paradigma despótico, não contempla ganhos epistemológicos para a compreensão de um **direito processual democrático**. Contudo, apesar da denúncia formalizada pela Teoria

²⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 41-42.

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade, v. 2, p. 123; 181.

²⁷¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização, p. 189.

²⁷² PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Virtuajus**: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, p. 2, jul. 2004, p. 02. Disponível em <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 15 jul. 2007.

²⁷³ OMMATI, José Emilio Medauar. **Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis**, p. 17.

²⁷⁴ Remete-se o leitor à nota de pé de página de número 46.

Neoinstitucionalista do Processo²⁷⁵, a *ciência jurídica dogmática*, principalmente os adeptos à teoria da relação jurídica, abordam a concepção de um direito **não** perquirido e fiscalizado pelo **devido processo**, afiançando-se um paradigma em colisão com a Constituição brasileira. Olvidam, porém, que somente a fiscalidade processual pode devassar esses nódulos preservados pelos paradigmas de Kuhn²⁷⁶.

Seguindo esse raciocínio, os paradigmas não podem sofrer mutações, por isso a dogmática os sustentam como *sistemas de reprodução* de conhecimentos científicos que, compartilhados por uma dada sociedade, possibilitam a ratificação de um discurso, produzido (estacionado) nas estruturas histórico-social-cultural. É por isso que Rosemiro Pereira Leal lhes confere o caráter de “*núcleos duros*”, pois impõem a ditadura da “*ciência grande*”, não permitindo que a “*grande ciência*” se desenvolva, conforme ensino de Popper. A inercialidade paradigmática trabalha uma *praxis* continuada, onde é vedado romper com a demarcação *técnica-ciência* pela proibição fiscalizatória. As leis são elaboradas sem realizar o percurso crítico na produção do conhecimento, por isso o direito é concebido como instrumento de dominação, de vez que confirma os interesses da classe dominante, mantendo os despatrimonializados excluídos da simétrica paridade procedimental, impossibilitando a fruição de direitos fundamentais por todo aquele que é legitimado ao processo²⁷⁷.

A título de ilustração, traslada-se o posicionamento de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira que, acolhendo a concepção de paradigma, aos moldes criticados, isto é, como instância (pressuposta) de produção do direito, sem possibilidade de perquirição de seus fundamentos, sustenta:

Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõem paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilhados, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; “paradigmas”, “mundos da vida”

²⁷⁵ Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário.

²⁷⁶ Esclarecimentos obtidos na aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 16 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 202-203.

*compartilhados são condições para a interpretação, são condições para a linguagem*²⁷⁸.

Nesse viés (*ciência dogmática*), o Estado de Direito Democrático pode ser considerado um paradigma, na medida em que não possui arcabouço teórico suficiente para sustentar os pleitos de direitos fundamentais – é por isso que o princípio da legalidade se apresenta retórico. Contudo, se projetado um salto epistemológico para a *pós-modernidade* e conjecturado a instituição do paradigma *co-institucionalista*, fundamentado nos enunciados problematizáveis da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, temos, pelo **devido processo**, a teorização da *regra suprema*, que proíbe vedar a refutabilidade continuada do sistema. Nessa concepção paradigmática, rompe-se com a inercialidade kuhniana, pela via da fiscalidade contínua e irrestrita do processo.

Como se depreende, paradigma não é vislumbrado como *verdade* ou *ciência absoluta*, ao contrário, na perspectiva de um **direito processual democrático**, paradigma é *instituto científico, falível-discursivo*, passível, portanto, de refutabilidade, pois a epistemologia contemporânea deixou de vivenciar a “*crença no absolutismo do saber*”. É por isso que a Constituição brasileira, por recepcionar ganhos de uma democracia *pós-convencional*, elege como paradigma o **devido processo**. Nesse tom, as teorias são estabilizadas pelo exercício contraditório com as demais teorias, que somente são acolhíveis na medida em que se oportuniza a abertura (procedimental) para interrogá-las, do contrário, a ciência se confirma opressora, de vez que “*contra a verdade absoluta, não há fiscalidade*”, conforme denuncia Rosemiro Pereira Leal²⁷⁹.

Após o esclarecimento problematizado das acepções de paradigma, apreende-se que é secular o mito da perenidade das estruturas rígidas não fiscalizáveis. Nesse aspecto, propõe-se realizar estudo crítico-investigativo para apontar qual a ciência jurídica orienta o estudo dos paradigmas nos “*três ‘modelos’ de Estado*”, bem como quais “*teorias de processo*” concorrem para a efetivação da “*teoria de Estado*”, eleito pelo modelo constitucional adotado. Por derradeiro, numa

²⁷⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 132.

²⁷⁹ Estudos elaborados com base nas aulas expositivas, lecionadas por Rosemiro Pereira Leal, em 16, 23 de setembro e 07 de outubro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

concepção de Estado de Direito Democrático, demonstrar-se-á a imperiosidade de reenunciar a expressão “*paradigma*” para atender aos pleitos de um **direito processual democrático**, na vertente epistemológica da Teoria Neoinstitucionalista do Processo e da Lei Constitucional brasileira de 1988.

3.1.1 Estado Liberal de Direito

A primeira teoria de Estado Constitucional apóia-se no liberalismo, movimento revolucionário “*de luta política da burguesia contra o Estado Absolutista*”²⁸⁰, que preconiza a centralização de todo poder nas mãos de um único soberano. Ao monarca, detentor exclusivo de legitimidade (advinda da *physis*) administrativa, legislativa e judicial, lhe era conferido o direito de intervir na esfera privada dos indivíduos, inexistindo qualquer proteção legal contra as interferências ocorridas, primordialmente, no patrimônio de uma classe em ascensão, que ficava a mercê da vontade autocrática principesca, que agia, estrategicamente, em nome de uma consciência divinatória.

Na inexistência de regras de direito para limitar o *exercício do poder*²⁸¹, praticado em nome do príncipe, já que era considerado a personificação da lei, não muito raro, arbitrariedades eram praticadas a fim de atender aos caprichos da monarquia absoluta, que acumulava riquezas à custa do trabalho dos burgueses. Entrementes, na Idade Contemporânea (final do século XVII), erige-se o Movimento Iluminista, isto é, um “*contra-movimento*” à estrutura centralizadora de um Estado Absolutista, que agia livremente, sem qualquer possibilidade de fiscalização por parte dos destinatários do poder.

Assim, em contraponto ao antigo regime, a sociedade se mobiliza com vistas à instituição de um novo Estado, “*a partir de um pano de fundo historicista de comunhão prévia de sentido*”²⁸². Observa-se que a sociedade é preexistente ao Estado, sendo ela, portanto, a propulsora de sua formação – o que define a concepção de paradigma, aos moldes do pensamento dogmático. Trata-se, pois, do

²⁸⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização, p. 192.

²⁸¹ Por “*exercício do poder*”, nessa quadra histórica, pode-se compreender o que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, com base nos estudos de Loewenstein, denomina por “*controle social*”. Ou seja, é a capacidade do soberano (detentor do poder) emanar ordens e obrigar os destinatários a cumpri-las. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 08.

²⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 32.

marco histórico da Revolução Francesa (1789), que visava à superação do absolutismo monárquico pela criação de um “*Estado Constitucional*”, limitado pela lei. Esse movimento é influenciado por *teorias contratualistas*, tendo seu maior expoente Rousseau que, pelo “*contrato social*”, sustenta uma forma de “*associação*” entre as pessoas com a finalidade de protegerem a si e a seus bens contra intervenções arbitrárias, para tanto, formalizam um *pacto*²⁸³, que poderíamos denominá-lo de Constituição.

Surge, então, o *fetiche da codificação*²⁸⁴, com a finalidade de positivizar direitos (eminentemente patrimoniais), supostamente inatos aos sujeitos, de vez que concedidos pela natureza, pela tradição ou pelo alvedrio do soberano. Nesse tom, o Estado Liberal de Direito erige-se suas bases no antecedente histórico de uma *sociedade civil*, que angaria privilégios jurídicos, a fim de se manter protegida dos atos praticados pelo Estado que, até então, se apresentava extremamente arbitrário e intervencionista – a positivação da lei proporcionava segurança jurídica, na medida em que servia de “*amordaçamento*” dos *detentores do poder* contra atos “*ainda comprometidos com os ideais absolutistas*”²⁸⁵. Os direitos, portanto, já estavam assentados na “*vontade popular*”²⁸⁶, desta feita, as leis deveriam, apenas, reproduzir um sistema estatal que revogasse a ordem anterior e, por conseguinte, mimetizasse um modelo de livre mercado, a saber, de interferência mínima do Estado no domínio da vontade individual²⁸⁷.

²⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**, p. 32-35.

²⁸⁴ “O movimento iluminista, iniciado nos fins do século XVII, foi encarregado pela consolidação do chamado Direito Natural, sendo depois sepultado pelo Positivismo e pela Escola Histórica, ambas no início do século XIX. Vê-se, porém, que tanto no Iluminismo quanto no Positivismo, há uma crença na codificação do Direito”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 90.

²⁸⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 94.

²⁸⁶ Habermas, conforme já dissertado (vide nota de pé de página de número 08), preconiza a instituição de uma democracia no Estado Liberal de Direito que, segundo o autor, tem a tarefa de adequar o aparato administrativo aos interesses da sociedade, designada “*como uma rede de interações entre pessoas privadas estruturada na forma de mercado*” – é nesse recinto (mercadológico) onde se instala a oferta de democracia. Assim, a “*associação de parceiros livres e iguais*” se configura pelo *status* econômico do cidadão (somente o patrimonializado é *livre e igual*), que se sujeita, bem como submete os “*fora-da-lei*”, aos critérios políticos de escolha de representantes ditados pela estrutura de mercado. Assim, a “*vontade popular*” é a *vontade da elite burguesa*, fundadora da *sociedade civil*, que tem direito ao voto e à proteção do Estado para “*realizar seus interesses privados dentro dos limites traçados pelos estatutos legais, e isso inclui proteção contra intervenções governamentais*”. HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 107-109.

²⁸⁷ “O Estado, como lugar do MERCADO, atualmente já torna legítima a malha negocial que o constitui, pouco importando os níveis de aceitação ou repulsa às novas formas de vida que as mercadorias e serviços possam impor aos seus consumidores, uma vez que são estes que,

Como se depreende, na concepção da *ciência jurídica dogmática*, a mudança de paradigma pressupõe “*uma nova compreensão instrumental do direito*”, que sobrepõe ao modelo anterior para, ao final, substituí-lo²⁸⁸. Nesse tom, com a instituição do Estado Liberal de Direito, tem-se a queda da monarquia e a ascensão da burguesia no poder que, ocupando as três funções estatais, assegura, mediante **lei**, os ideários (já retoricamente assentados na pragmática) de igualdade, liberdade e propriedade, aos moldes do sistema “*Mercado-Estado*”. Assim, na busca da positivação da *praxis* mercadológica, que confirma os interesses de forças políticas dominantes²⁸⁹, foram editadas, na França, três leis: “*Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806 e a Lei de Organização Judiciária de 1810*”, conforme leciona Dierle José Nunes Coelho que, de uma forma geral, preconizam um processo liberal, em que se exalta a *igualdade formal entre os cidadãos, o princípio da escritura e do dispositivo*²⁹⁰.

Nesse raciocínio, o liberalismo processual embasou-se, inicialmente, na “*teoria do processo como contrato*”²⁹¹, desenvolvida por Pothier, por volta de 1800. Dando efetividade ao paradigma de Estado eleito, de cunho civil e privatístico, o processo é concebido como um vínculo contratual entre as partes que, antes do ingresso em juízo, consentiam em acatar a decisão judicial proferida pelo Estado-juiz que, nessa época, atuava como árbitro escolhido pelas partes. Essa teoria de processo tem origem nas bases do “*contrato social*” de Rousseau (conforme dissertado alhures), onde uma sociedade hipotética formaliza um *pacto* para instituir o Estado. Assim, como a sociedade é fundadora do Estado, não lhe é dado (ao ente estatal) o poder de interferir na vida (privada) das pessoas, sem o prévio consenso delas. Nesse contexto, o Estado somente poderia agir, jurisdicionalmente, após a

despojados da condição de decisores-originários, serão os geradores dos créditos tributários estrategicamente apropriados pelos governantes. Criam-se direitos protetivos desses consumidores para lhes preservar a condição de alienados ao comando de forças anônimas advindas da mítica estratégia do MERCADO-ESTADO”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 26.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade, v. 2, p. 125.

²⁸⁹ Diz-se que a lei, no Estado Liberal de Direito, é formal porque exterioriza uma vontade partidária, dos detentores políticos do poder, sendo, portanto, direcionada ao atendimento de interesses dessa classe. Assim, os excluídos, isto é, os *despatrimonializados*, continuam a ser “*fora-da-lei*”, sendo-lhes oportunizado *tratamento desigual na medida de suas desigualdades*. Nesse sentido, esclarece Rosemiro Pereira Leal: “*Essa RAZOABILIDADE na fundamentalidade de direitos vai atuar um esdrúxulo conceito de isonomia a ser perenizado pelos adeptos dos paradigmas de Estado Liberal e Estado Social de Direito, como forma de dominação pela pureza noemática da lex-intima (legítima) dos alocutários privilegiados da juris dictio*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 69.

²⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 72-73.

²⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 77-78.

autorização das partes – é, pois, o ápice da valoração da autonomia da vontade (*contratualismo puro*).

Posteriormente, por volta de 1850, quando temos a afirmação dos Estados Nacionais, o processo liberal será embasado pela “*teoria do processo como quase-contrato*”²⁹², formalizada por Savigny e Guényvau. Por “*quase-contrato*” deve-se entender “*contrato atípico*”, forte nos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal²⁹³, de vez que embora o processo se fizesse pelo comparecimento espontâneo das partes em conflito, dispensava-se o consentimento prévio delas para que o Estado exercesse a jurisdição. Uma vez ingressado em juízo, a autoridade do Estado impera sobre a vontade das partes. Contudo, as funções estatais ainda continuam mínimas, de forma a intervir o menos possível na esfera privada das pessoas.

Nesse viés paradigmático, em que o princípio da legalidade é limite-condutor das atividades estatais, bem como autorizador das liberdades individuais, o processo liberal é concebido como “*processo das partes*”, uma vez que transcende a perspectiva privatística do modelo de Estado, acolhido pela Constituição liberal, que é nitidamente mercadológica. Assim, por ser um processo privado (conforme teorias que o embasa), é método de resolução de conflitos instrumentalizado para favorecer os destinatários do provimento final. Ao judiciário, portanto, somente lhe é autorizado aplicar a lei, sendo-lhe vedado o ingresso nos critérios instituintes da normatividade, que ficava a cargo do legislativo – esse sim, poderia justificar os atos praticados em critérios político-sociológicos. Ressalta-se que a “*separação das funções*” é característica essencial do Estado Liberal de Direito²⁹⁴, que preconiza a autonomia no exercício das atividades, impedindo a interferência de um órgão na esfera precípua de outro.

Assim, fundamentado no *laissez-faire*, os indivíduos são gestores de si e de seus interesses²⁹⁵, desta feita, haveriam de suportar os ônus do capitalismo, não sendo diferente, no âmbito do processo jurisdicional. Nessa vertente, os cidadãos são iguais (*paidéia grega*), isto é, a lei se aplica a todos, independentemente da

²⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 78.

²⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 14 de abril de 2010, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²⁹⁴ De acordo com Mário Lúcio Quintão Soares, a divisão das funções “*contempla as funções legislativas, administrativas e judiciais e se corporifica em garantia orgânica contra o abuso do poder do Estado*”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização, p. 190.

²⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.74.

condição sócio-econômica ou dos ideais político-partidários individuais. A democracia se reduz ao exercício do voto e o governo é legitimado pela vontade da maioria, representada pelos eleitos do povo que, estrategicamente, validam “*seus interesses particulares*”²⁹⁶. Nesse tom, a legalidade (codificação) estabelece a igualdade, que representa um sistema de livre mercado, onde a liberdade econômica é princípio regente da normatividade. Igualdade, portanto, é o direito assegurado ao cidadão de, livremente, formalizar contratos, de reger sua vida privada, sem qualquer tipo de intervenção externa, independentemente se, de um lado, apresentar um sujeito hipossuficiente e, de outro, uma multinacional.

Como o processo é um “*contrato*” ou “*quase-contrato*”, privilegia-se a autonomia das partes, que são responsáveis pela produção de provas, pelos pleitos e defesas argumentativas, pelo manejo técnico-procedimental²⁹⁷, nos limites de seu patrimônio. Assim, caso verificasse uma desigualdade sócio-econômica, ao Estado era vedado compensá-la como, por exemplo, a impossibilidade de uma das partes, por insuficiência financeira, de atuar jurisdicionalmente, devidamente representada por um advogado, o que asseguraria a ampla defesa²⁹⁸ e a “*simétrica paridade de armas*”²⁹⁹. A ausência de defesa técnica, por um dos sujeitos procedimentais (desprovido de patrimônio), garante vantagem ao patrimonializado em face do “*fora-da-lei*”, pois está interdito de atuar na lei pelos conteúdos *isotópicos, isomênicos* e

²⁹⁶ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 56.

²⁹⁷ “O Estado, assim como o juiz, baseara suas funções na intervenção mínima, privilegiando, com relação às provas e argumentos dos autos, a iniciativa das partes. Idéias como a do princípio dispositivo, princípio da inércia, da iniciativa da prova exclusivamente às partes, do recurso voluntário, os pacta sunt servanda se baseiam na concepção de **Estado Liberal**, em que o Estado é um mero espectador do duelo travado pelos cidadãos. A cognição, aqui, é colocada como uma atividade que pertencia muito mais às partes que ao juiz, e esse, sequer poderia interpretar a lei”. Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 92-93.

²⁹⁸ Conforme Dierle José Coelho Nunes, no Estado Liberal não há “*estratégias corretivas*” das desigualdades, seja “*pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo Estado*”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.75.

²⁹⁹ Importante esclarecer que a Lei 9.099/95, em seu artigo 9º, recepcionando um processo aos moldes liberais, abona a atuação das partes sem a devida representação por um advogado, o que é inconstitucional, de vez que o artigo 133 da Constituição brasileira de 1988 concebe o advogado como instituto indispensável à administração da justiça. Assim, para conferir efetividade ao respectivo dispositivo, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Lei Constitucional, prescreve que, diante da incapacidade econômica da parte em arcar com o advogado, o Estado deverá garantir a defesa técnica dos jurisdicionados, o que assegura a plenitude de defesa, o exaurimento do contraditório e a atuação isonômico-processual pelos princípios institutivos do processo democrático, conforme postulados epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Como se depreende, a *ciência jurídica dogmática*, produtora do direito contemporâneo, ainda vivencia pré-compreensões de paradigmas despóticos, não contemplados pela constitucionalidade brasileira. Está faltando estudo científico no Brasil, a fim de que se modifique a concepção de uma legislação liberal para recepcionar um efetivo processo democrático, que é *instituto lógico-jurídico* de implementação de direitos fundamentais de toda *comunidade jurídica*.

isocríticos da isonomia processual. Verifica-se, portanto, que o processo preconiza, ao contrário do sustentado pelo liberalismo, desigualdade perante a lei, desigualdade para interpretar a lei e desigualdade para elaborar, alterar ou extinguir a lei, respectivamente³⁰⁰.

Ora, ao se apregoar o princípio da escrituração, exige-se que as peças processuais se formalizem por argumentos técnico-jurídicos o que, em tese, somente o advogado tem conhecimentos específicos para fazê-los. Assim, quando a parte não está assistida por um advogado, a postulação ou defesa são precárias, pois um leigo não tem formação jurídica adequada para o encaminhamento teórico-procedimental, ainda que se trate de pessoa esclarecida, com formação profissional, pois outras áreas técnico-científicas não fornecem bases teóricas para a atuação advocatícia. Entretanto, essa não é preocupação dos liberais, o objetivo do “*processo escrito*” é manter a igualdade (formal) entre os sujeitos processuais, para tanto, necessário impedir o contato imediato do juiz com as partes, a fim de evitar a “*quebra da imparcialidade*”³⁰¹, uma vez que entendia-se que a pessoalidade, via argumentos orais, poderia sensibilizar o julgador – ao proferir a decisão, o juiz deve se ater ao que está escrito, isto é, nos argumentos fático-jurídicos e provas, devidamente documentados nos autos.

Como se infere, a liberdade procedimental e o abstencionismo estatal são características do processo liberal. Nesse sentido, pelo princípio dispositivo, ao lesado ou ameaçado de lesão de direitos é conferido o poder-dever de movimentar a jurisdição, bem como de impulsionar os atos procedimentais destinados à decisão judicial. Assim, o julgador está vinculado aos atos das partes, somente podendo agir se chamado a fazê-lo, sendo-lhe vedado atuar *ex officio*, conforme esclarece Dierle José Coelho Nunes, *in verbis*:

*(...) o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo processual das partes, uma vez que, desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas*³⁰².

³⁰⁰ Sobre “os conteúdos processuais dialógicos da *isonomia*”, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 61.

³⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.74.

³⁰² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.76-77.

Nesse tom, a processualidade liberal propicia um “*duelo judiciário*”³⁰³, onde vence quem apresentar o melhor argumento, capaz de convencer o julgador. As partes conduzem o procedimento utilizando, na medida de seu patrimônio, todos os instrumentos necessários para persuadir o juiz. Assim, a marcha procedimental, a instrução probatória, os argumentos fático-jurídicos são “*situações jurídicas*” dinâmicas que, empregadas pela parte mais esperta e economicamente favorecida, podem conduzir a uma sentença favorável. Essa forma de instrumentalizar o procedimento foi objeto de teoria, desenvolvida por James Goldschmidt, em 1925, ao analisar o liberalismo processual na Alemanha³⁰⁴, denominada “*processo como situação jurídica*”.

De acordo com Rosemiro Pereira Leal³⁰⁵, na vertente goldschmidtiana, o processo é um jogo, em que, estrategicamente, se cria, pelos jurisdicionados, posições de vantagens perante a lei e se otimizam as argumentações fático-jurídicas e probatórias, produzidas pelas partes, para convencimento do julgador. Entretanto, importante salientar que, enquanto nas teorias de processo como “*contrato*” ou “*quase-contrato*” o personagem principal é a parte, na “*teoria de processo como situação jurídica*”, o juiz assume a importância maior, de vez que os atos jurídicos praticados pelas partes são conduzidos pelo magistrado, conquanto só possa agir se solicitado pelo jurisdicionado³⁰⁶. Nessa teoria, o procedimento é dirigido pelo julgador, que não se vincula, integralmente, à legalidade, podendo decidir por

³⁰³ Barbosa Moreira expõe o sistema da *common law* que, para o autor, preconiza um procedimento *duelar entre as partes*. O juiz é espectador e as partes são protagonistas ativas, devendo “*tomar todas as providências destinadas a influir no convencimento do julgador*”, que somente pode atuar se impulsionado pelos jurisdicionados. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. **Revista brasileira de direito comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 24, p. 41-51, 2003.

³⁰⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 77.

³⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 79-81.

³⁰⁶ Esclarece Goldschmidt: “*É verdade que um nexa ou liame jurídico apenas existe se a obtenção da vantagem for de uma certeza predominante, ou seja, especialmente quando o arbítrio judicial se vincular por normas jurídicas ou de experiência. Mas, mesmo quando o arbítrio judicial não se vincular por tais preceitos, o juiz sempre terá de exercê-lo com fundamento nos deveres que lhe impõe sua função, e nunca se lhe permite atuar segundo um simples arbítrio. Por isso não tem valor no Direito processual o princípio do Direito privado de que não existe expectativa jurídica, mas simplesmente de fato quando a aquisição do direito depender do arbítrio de um terceiro. Além do mais, os casos típicos de situação jurídica processual encontram-se na esfera do princípio dispositivo, de acordo com o qual a atividade judicial tem de incidir sobre os atos das partes*”. GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 49-50.

analogia, equidade, moral e bons costumes – apresenta-se, aqui, o *caráter integrador (retórico)* do princípio da legalidade³⁰⁷.

A “*situação jurídica*”, portanto, é a possibilidade, a expectativa de que “*o juiz prolate uma sentença favorável*” à parte que melhor apresentou a técnica argumentativa de convencimento do juiz³⁰⁸. Assim, para manter a neutralidade e imparcialidade, o julgador deverá assegurar a imprevisibilidade das decisões, por isso Goldschmidt fala em “*possibilidades*”, em “*expectativas*”. Ou seja, os atos praticados pelas partes geram “*esperanças (...) de serem acolhidos, a[o] final, pela sentença*”. Nessa concepção, o processo é um jogo de risco, em que o acervo fático, jurídico e probatório “*poderiam ou não germinar (...) adubo íntimo do entendimento do julgador*”³⁰⁹.

O processo liberal, portanto, ao assegurar a liberdade às partes na condução do “*jogo judiciário*”, proporcionou um procedimento desproporcional, onde o mais forte, em geral, o favorecido economicamente, possuía melhores condições técnico-jurídicas para formalizar pleitos ou defesas e produzir provas, a fim de angariar uma “*sentença favorável*”. Ademais, num processo em que as partes são gestoras de seus direitos, engendrou-se um procedimento demorado, de vez que, pugnando por vantagens em face da lei, os jurisdicionados poderiam fixar e dilatar prazos³¹⁰, apresentar inúmeras petições, inclusive, desnecessárias, interpor infundáveis recursos – atos procedimentais realizados, sempre, pela parte mais sagaz, que os praticavam para tirar proveito da parte mais débil, na prospecção da vitória judicial. Nesse sentido, a igualdade, um dos pilares do paradigma de Estado vigente, suplicou revisitação, a fim de conferir “*proteção ao mais fraco*”, necessitando de um “*consenso ético-político*” para garantir a igualdade no campo econômico, jurídico, político e social³¹¹. Essa nova perspectiva teórico-paradigmática, que preconizou o

³⁰⁷ Rosa Maria Cardoso da Cunha lembra que as palavras da lei, ao contrário do sustentado pela *ciência dogmática*, é vaga e ambígua, sem olvidar que, mesmo as “*leis claras*” podem suscitar dúvidas no momento de sua interpretação. Nesse sentido, demonstra ser “*impossível a precisão e univocidade das palavras da lei reclamadas pelo princípio da legalidade*”, cabendo ao juiz redefinilas. Porém, o pensamento dogmático esquece que, ao buscar o “*sentido das palavras da lei*”, recorrendo aos costumes, jurisprudências, aos princípios gerais do direito, por exemplo, está-se conferindo sentido *metajurídico* à legalidade, o que confirma o caráter retórico do princípio. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**, p. 82-86.

³⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**, p. 48.

³⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 80-81.

³¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 88-89.

³¹¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 107-121.

descarte do liberalismo, se estruturou a partir de movimentos sociais que impulsionaram a elaboração de novas técnicas legislativas

*(...) a enfraquecer o papel das partes e a reforçar o papel dos magistrados, de forma que a tensão jurídica interna, idealizada com a criação de um novo modelo processual (socialização processual), surge na busca de um novo horizonte interpretativo, de modo a suplantarem as deficiências do anterior, mas conduzindo a novos equívocos*³¹².

3.1.2 Estado Social de Direito

O Estado Social de Direito, assumindo a acepção de paradigma, aos moldes preconizados pela *ciência dogmática do direito*, também erige-se como um “Estado Constitucional” antecedido por uma sociedade pressuposta, que pugna por uma mudança de “*modelo de Estado*” a romper com as pré-compreensões capitalistas do liberalismo³¹³. O Republicanismo, assim nomeado por Habermas³¹⁴, se fundamenta num “*pano de fundo*” de viés comunitarista que, em contraponto ao Estado Liberal de Direito, pressupõe uma *sociedade civil* fundada e formada pelos excluídos sociais. Nesse sentido, os “*fora-da-lei*” visualizam no Estado a possibilidade de concretizar os interesses particulares, que antes eram de poucos e agora passam a ser de todos, são, pois, os denominados *direitos sociais*³¹⁵.

Seguindo essa óptica, o Estado tem o dever de efetivar políticas públicas a fim de implementar os direitos fundamentais, inerentes a todos os cidadãos, de vez que devidamente acertados na “*esfera pública*”³¹⁶. Observe-se que, enquanto no Estado Liberal de Direito a democracia se reduzia ao direito de voto, que possibilitava a eleição de um representante para defesa de “*interesses de todos*” (que, na realidade, resguardava “*direito de poucos*”), no Estado Social de Direito a democracia se define pelo *diálogo* dos indivíduos particulares, no espaço pragmático, que têm o direito de *deliberarem como cidadãos*, solidários ao *bem*

³¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.77.

³¹³ De acordo com André Del Negri, o Estado Social de Direito é “*socializante e paternalista, incentivado pela Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII (1891), a qual proclamou a atenção ao lado social, refutando a idéia de capitalismo selvagem*”. DEL NEGRÍ, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69.

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 107-121.

³¹⁵ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 11 de agosto de 2010, para a disciplina de **Cátedra Lopes da Costa de Direito Processual**, do curso de Doutorado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³¹⁶ Conforme Rosemiro Pereira Leal, a *esfera pública* é o “*lugar criativo de contextos linguísticos singulares ou corretivos das formas de vida sociais ou jurídicas*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 133.

comum, confirmando-se, os direitos, como “*vontade política dominante*”, que devem ser implementados pelo aparato administrativo governamental³¹⁷.

Como se depreende, o republicanismo habermasiano privilegia uma “*esfera pública*” valendo-se da crença numa linguagem cultural (contextual) como “*comunhão prévia de sentidos*”³¹⁸, dentro da qual todos nascem e pela qual todos podem igualmente alcançar consensos na formação de direitos. Esse pensamento (dogmático) defende a concepção de que o Estado Social de Direito é o garantidor de uma “*igualdade material*” aos sujeitos de direitos. Ou seja, nesse viés paradigmático, é necessária a implantação de um Estado que assegure aos indivíduos, com apoio na autoridade, os ideários de vida, liberdade e propriedade de forma igualitária³¹⁹. Surge, então, o “*Estado Constitucional Social*” para ratificar os ideários da *sociedade civil*, que se sustenta numa nova e ideal “*realidade pragmática*”, “*dita*” de todos que, para se instituir juridicamente, carece da sanção de uma Lei Constitucional.

Entrementes, infere-se que a ciência do direito, implantadora da Lei Constitucional, na perspectiva do Estado Social de Direito, não constrói uma existência jurídica processual inclusiva de “*todos*”. Ora, os despatrimonializados continuam excluídos da simétrica paridade procedimental, de vez que o direito apenas ratifica a *praxis* político-social³²⁰. Assim, os “*fora-da-lei*”, que no Estado Liberal estavam excluídos, continuam, no Estado Social, a sê-los. O que modifica, nesse novo paradigma, é que *direitos sociais*, antes interditados pelos interesses da burguesia dominante, agora são consensualmente estabelecidos num *diálogo (espaço mitificado) de “autolegislação cívica”*³²¹, sendo que, a implementação dos direitos fundamentais não é garantida pela lei, como conjectura a instituição de um **direito processual democrático**, mas pela dosagem discricionária do soberano,

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 108-111.

³¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 27.

³¹⁹ De acordo com José Emilio Medauar Ommati, no Estado Social de Direito, “*a igualdade não é mais, apenas, a igualdade na lei, mas devem ser consideradas as diferenças fáticas, decidindo-se a favor do hipossuficiente; a liberdade, já que o Estado é obrigado a realizar prestações positivas para os cidadãos, deve ser vista em seu aspecto material, como a maior incidência de leis sobre o indivíduo; e a propriedade deve atender à sua função social*”. OMMATI, José Emilio Medauar. **Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis**, p. 24.

³²⁰ “*O direito, de seus primórdios até os anos 1970, carente de reflexões crítico-científicas e coerente com os paradigmas de Estado Liberal e Estado Social, naturalmente se moldou por uma dogmática radical, mimetizando os saberes disciplinares das ciências e artes que mais reforçaram a conservação do corpo social que era tido como prolongamento do corpo do soberano*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 109-110.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 110.

que assume o Estado em suas três formas míticas de poder³²²: legislativo, executivo e judiciário.

Assim, ainda que os direitos (sociais) estejam previamente estabelecidos na pragmática, é do Estado, detentor de todo poder, a decisão de concedê-los ou interditá-los, podendo, inclusive, ditar como devem ser usufruídos, *verbi gratia*: em *prol da coletividade*, no *interesse de todos*, em *atendimento às políticas estatais* ou de acordo com a *vontade do soberano*³²³. Como se vê, os conteúdos da isonomia não são estabilizados no *espaço de tempo procedimental (devido processo)*, mas nas aspirações ideológicas de um paradigma despótico. Nesse sentido, abre-se uma perspectiva teórica em que o Estado aparece como tutor dos excluídos da paridade procedimental para garantir-lhes direitos fundamentais. Para tanto, imperioso intervir nas esferas privadas e estar presente em todos os setores da *“vida humana”* (excluindo da *comunidade jurídica* a possibilidade de *“fala teórico-construtiva de integração social”*³²⁴), transformando-se no centro da vida política, jurídica, social e econômica³²⁵ de toda a sociedade.

Vislumbra-se, portanto, que o paradigma de Estado Social de Direito funda um Estado forte e impositivo, *“macrossujeito abarcador de uma hipotética unidade*

³²² Em suas elucidativas lições, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, apresentando as teorias de incontáveis autores estrangeiros, esclarece que a ideia de poder, nas democracias contemporâneas, vincula-se ao devido cumprimento à legalidade, por isso não há falar em *“poder discricionário”* ou em *“autoritarismo”*, uma vez que incompatível com a principiologia do Estado de Direito Democrático. Nesse sentido, ensina que o poder é uno, exercido em nome do povo, por meio das *“três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa e a jurisdicional”*. Como se depreende, o autor reenuncia a concepção dogmática de poder, visto que a desvincula da compreensão rígida e inflexível da mítica *“repartição de poderes”*, interpretação errônea conferida à teoria de Montesquieu. Sobre esses esclarecimentos, conferir: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 07-22.

³²³ De acordo com Mário Lúcio Quintão Soares, as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) foram pioneiras em recepcionar as pré-compreensões socialistas em seus textos para permitir a intervenção estatal na esfera econômica e individual, ampliar a participação dos cidadãos no poder e constitucionalizar direitos materiais. O autor esclarece, ainda, que em 1918, em virtude da Revolução de Bolchevique, fora aprovada a *“Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da União Soviética”* para reconhecer direitos dos trabalhadores, operários e camponeses. Além disso, a lei previa a extinção da propriedade privada, a obrigatoriedade do trabalho para todos os indivíduos, a impossibilidade de exploração do trabalho alheio e o Estado como detentor exclusivo da exploração dos meios de produção. Em 1936, a Constituição Soviética ratificou respectivos direitos, além de ampliar o rol de direitos fundamentais para, inclusive, declará-los como *“derivados da vontade estatal”*, por isso deveriam ser exercidos nos limites ditados pelo poder político do Estado e em prol dos interesses coletivos. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização, p. 200-205.

³²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 41-42.

³²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 362.

*cívica*³²⁶ que, atento aos pleitos da *sociedade civil*, se institucionaliza como “*um Estado mais dirigista e redistribuidor, ou seja, um estado do bem-estar social*”³²⁷. Assim, em decorrência de uma nova sociedade que se estabelece com outras pré-compreensões para o direito, necessário reestruturar a legislação, conferindo maiores poderes ao Estado que, agora, há de interferir, incisivamente, na vida privada dos seus cidadãos para conferir-lhes direitos antes denegados pelo capitalismo liberalizante.

Nesse rumo, a teoria de processo que confere efetividade ao paradigma de Estado Social de Direito é a “*teoria de processo como relação jurídica*”, desenvolvida por Oskar Von Bülow, em 1868³²⁸. Para sustentar respectiva doutrina, o autor realiza a distinção entre “*relação litigiosa material*”, que é estática e preexistente à instauração do procedimento, e “*relação jurídica processual*”, que é dinâmica e se configura entre juiz, autor e réu, numa perspectiva hierárquica e num regime de autoritarismo entre os sujeitos processuais. Nesse marco teórico, o juiz se assume “*soberanamente, no centro da atividade cognitiva*”³²⁹, facultando-o decidir *extra legem, contra legem* e na *ausência da lei (anomia)*, eis que o “*processo é do julgador*”, que assume as vestes do modelo ditatorial do paradigma vigente e o instrumentaliza de acordo com suas concepções jurídico-ideológicas.

Infere-se, portanto, que respectiva teoria se desenvolve no plano da consciência solipsista do julgador, que está autorizado, pela Lei Constitucional, agir discricionariamente, tendo em vista representar o Estado no exercício da atividade (poder) jurisdicional. O papel do magistrado é reforçado, tanto em âmbito judicial, quanto no campo social, a fim de compensar os *déficits* de desigualdade existente entre as partes³³⁰. Nesse tom, no procedimento jurisdicional, o juiz deve assumir o papel de *defensor dos pobres, hipossuficientes, revogando-se o princípio dispositivo para instaurar o princípio inquisitivo podendo, assim, atuar ex officio para*

³²⁶ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático, p. 31.

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade, v. 2, p. 143.

³²⁸ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2005.

³²⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 107.

³³⁰ “(...) durante esse paradigma jurídico, a supressão das desigualdades e de toda a ‘injustiça’ seria realizada pela figura do juiz (igualdade pelo juízo de judicância), que promovia às Partes no Processo tratamentos desiguais, a fim de compensar desigualdades econômicas, culturais, sociais, dentre outras”. DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**, p. 343.

representação da classe débil, desafortunada. Na pragmática social, o julgador avoca para si o dever de *educar a sociedade acerca de seus direitos, instruindo os cidadãos para melhor defesa de seus interesses*³³¹, eis que o Estado Social de Direito sustenta-se na ideologia de proteção dos pobres e desvalidos, das mulheres, dos trabalhadores, dos menores, ou seja, dos sujeitos, até então, excluídos da fruição de direitos fundamentais.

Como se apreende, o Estado é o dador de direitos fundamentais, de vez que atua em esfera hierarquicamente superior às demais instituições jurídicas. É por isso que o *processo é instrumento da jurisdição* que, uma vez instaurada, se desenvolve através de um vínculo de subordinação das partes em face dos juízes, que controlam a *relação jurídica processual*. Nesse tom, são ampliados os poderes instrutórios dos magistrados, que os exercem, autoritariamente, em todo o procedimento, já que o *processo é instituição de direito público*, isto é, de propriedade exclusiva do mítico Estado-Juiz. Assim, o julgador pode *apreciar livremente as provas, indeferir diligências que considerar inúteis ou protelatórias, determinar produção de provas necessária à instrução do seu processo*, pois é *ele, juiz, quem deverá ser convencido*, conforme disposição expressa na lei³³². Verifica-se, portanto, que essa postura revela o abandono das perspectivas teóricas e privatísticas de processo, de características específicas do Estado Liberal de Direito.

Seguindo esse raciocínio, se antes se exaltava o princípio da escrituração, na consecução da imparcialidade judicial, já que o contato imediato do julgador com as partes poderia levar ao favorecimento de uma delas, na medida da sensibilidade do magistrado, no Estado Social de Direito pugna-se que o juiz aja com elevada carga de paixão, que decida partidário de uma causa, isto é, não isento dos primados comunitaristas, a saber, *interesse de todos, bem comum, paz social, justiça*. Por isso, o princípio da oralidade é marca registrada do processo social, pois a comunicação direta do julgador com as partes permite a implementação de direitos

³³¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 80.

³³² Artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil – legislação elaborada em 1973, no ápice do Estado Social de Direito que, conquanto não tenham sido recepcionados pela Constituição brasileira, são, cotidianamente, aplicados na *praxis* dos tribunais do país, configurando uma prática (interpretação) em colisão com a Lei Constitucional, o que demonstra o despreparo técnico-científico dos juristas, que não se comprometem com o esclarecimento jurídico-epistemológico, compatível com a compreensão de um **direito processual democrático**, até mesmo porque o novo Código de Processo Civil repete concepções de um paradigma despótico, diga-se de passagem, revogado pela Constituição de 1988 – vide artigos 354 e 355 do Projeto de Lei 8.046/10. Sobre estudos críticos nesse sentido, conferir: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 107.

fundamentais por um “*Judiciário Salvador*”³³³, atento e solidário aos clamores dos excluídos sociais. Oportuna as lições de Dhenis Cruz Madeira, acerca do pensamento dogmático, referente ao princípio da oralidade, *in verbis*:

Um dos argumentos utilizados para a defesa da oralidade é que este princípio seria mais apto a transmitir ao juiz a verdade, as sensações e as angústias vividas pelas partes, sendo que a escritura – ou melhor, os documentos juntados aos autos – seria fria, sem vida.

*Outro argumento muito presente no debate do Novo CPC é o de que a oralidade propiciaria uma melhor celeridade e que a formalidade das petições, dos documentos, das atas de audiência, etc. – que chamei somente em escritura – fomentaria, segundo alguns defendem, a morosidade*³³⁴.

O princípio da oralidade, portanto, assegura a radicalização do autoritarismo do Estado-Juiz, nas suas variáveis formas de *exercício de poder*, como, por exemplo, nos casos em que o julgador tem o *poder* de convocar o comparecimento das partes perante o judiciário se vislumbrado, solipsisticamente, “*atos atentatórios à dignidade da justiça*”³³⁵ – é, pois, o Estado Social de Direito, na sua mais pura forma de atuação (intervencionista). Não é a esmo que Bülow, conforme estudos de André Cordeiro Leal, sustenta que a atividade jurisdicional é criadora de um direito “*sentimental*” ou “*emocional*”³³⁶ – “*no paradigma do Estado de Bem-Estar Social, o que se produziu foi um decisionismo jurídico, que deixava nas mãos da autoridade a liberdade total para dizer o que era o Direito*”³³⁷.

Nessa vertente paradigmática, o pleito de igualdade não é efetivado pela reserva da lei, devidamente acertado no recinto dialógico-procedimental de fruição de direitos fundamentais pelos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia, como propugna os postulados epistemológicos do **direito processual democrático**, mas pelo reforço dos poderes do magistrado, que deverá conduzir o

³³³ LEAL, Rosemiro Pereira. LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas, p. 53.

³³⁴ MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. *Jus*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 49.

³³⁵ Artigo 599 do Código de Processo Civil e 731 do Projeto de Lei 8.046/10. Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 01 de outubro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³³⁶ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 60.

³³⁷ OMMATI, José Emilio Medauar. **Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis**, p. 26.

processo, influenciando no reconhecimento de fatos³³⁸ e, encontrando a “*verdade real*”³³⁹, cominará os direitos aos esperançosos clientes do Estado. Assim, pode justificar seu convencimento em experiências individuais³⁴⁰, em convicções políticas, partidárias e religiosas, nas apreensões solipsistas daquilo que, na sua ótica, realmente ocorreu na *realidade sensível*.

À época, não havia dúvida de que o Processo era uma panacéia e, como tal, possuía a finalidade de promover a “paridade de armas” entre as Partes processuais, e, dessa forma, parafraseando Rodrigo Rigamonte Fonseca, todos os problemas (sociais, econômicos, políticos, culturais...) eram remetidos para o interior do Processo com a finalidade de solução. Afinal, o Judiciário era a função central do Estado. Foi aí que nasceu a Teoria da Instrumentalidade do Processo com os seus escopos metajurídicos de

³³⁸ De acordo com Dierle José Coelho Nunes, o processo, no Estado Social de Direito, “*estrutura um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo e, especificamente, influir mais ativamente no acerto dos fatos*”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 85.

³³⁹ “(...) denomina-se verdade material aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente, e não como querem as partes que apreçam realizados”. SOUZA, Carlos Antônio de. Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. v. 2. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 256. Contudo, importante esclarecer que, na perspectiva do Estado de Direito Democrático, o processo não é *locus* de reconhecimento de “*verdades ‘supostamente’ reais*”, que devem ser encontradas pelo julgador, que não pode eximir-se de sentenciar (artigo 126 do Código de Processo Civil e 119 do Projeto de lei 8.046/10). Ora, no **direito processual democrático**, os autos são os limites hermenêuticos para a fixação da **verdade formal**, que se estabelece pelos resultados dos argumentos fático-jurídicos, elaborados em contraditório, e pelas provas produzidas, em ampla defesa, pelas partes. Nesse tom, não há falar em *esclarecimento real ou absoluto dos fatos*, de vez que o procedimento não é recinto mágico, onde se externa os dons clarividentes do decisor-solipsista. O procedimento é técnica normativa de construção de provimentos, regida pelo **devido processo**, por isso o *instituto da prova* é tão importante para a concepção de um **direito processual democrático**, pois somente o que é demonstrado, representado nos autos do procedimento pode servir de justificativa legítima para embasar a decisão. Sobre o estudo da prova, no Estado de Direito Democrático, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 49-56.

³⁴⁰ Em conformidade com as denúncias formalizadas nesta pesquisa, com apoio no marco da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o Projeto de Lei 8.046/10 aborda o direito no viés da *ciência dogmática*, o que é estar na contramão da história. A legislação que quer se impor (porque não é democrática) não se ajusta às conquistas teóricas da Constituição brasileira de 1988, na medida em que enfatiza a “*jurisdicização do processo*”, isto é, atividade livremente cambiável pelo judiciário. Nesse sentido, pretende-se *positivar* o artigo 361, regra inconstitucional, por expressa ofensa ao princípio da legalidade, *in verbis*: “*Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*”. Importante lembrar que respectiva regra corresponde ao artigo 335 da legislação processual civil atual, demonstrando que o novo Código de Processo Civil ratifica o radicalismo autoritário da legislação de 1973. Nesse viés, o Projeto de Lei 8.046/10 é *extra-temporal*, de vez que não possui uma linha hermenêutica compatível com a Constituição brasileira, que é democrática, mas se alinha ao modelo de Estado Social de Direito, que fora revogado pelo constituinte originário em 1988. O código anterior, por sua vez, se ajusta ao sistema político e ao paradigma de Estado da época, por isso suas vertentes interpretativas são ditatoriais, o que é razoável, já que o plano instituinte da normatividade optou pela teoria de “*processo social*” ou, se preferir, “*processo como relação jurídica*”, conferindo, assim, efetividade ao Estado Social de Direito.

pacificação social. Apesar das engenhosas metodologias produtoras de armadilhas ideológicas para entender o direito à igualdade, com poucas variantes de gênero e também de grau, o discurso infelizmente ainda é praticamente o mesmo na contemporaneidade (Cf. Cândido Rangel Dinamarco)³⁴¹.

Com base nesses aspectos intrínsecos conferidos ao processo social, não se pode olvidar, outrossim, do caráter desformalizado do procedimento, que visa a uma *jurisdição célere*, em contraponto ao Estado Liberal de Direito, que prioriza um “*processo*” extremamente moroso. Nesse tom, as reformas legislativas processuais, comprometidas com o paradigma eleito, operacionalizam-se no sentido de “*ofertar um processo rápido*” à sociedade. Para tanto, institui-se o “**discurso do protagonismo judicial**”³⁴², a fim de assegurar aos cidadãos uma *jurisdição rápida, justa e efetiva*, através de dispositivos de lei *abertos e retóricos*, além de cláusula expressa de vedação do *non-liquet*. Assim, permite-se o ingresso hermenêutico em recinto *extrassistêmico*, de livre manejo do solitário intérprete-decisor, que conduz o procedimento perante uma ordem *praxista-pragmática*, apresentando-se, numa perspectiva contemporânea, totalmente antidemocrática.

Ratifica-se: no paradigma de Estado Social de Direito, o processo é instrumento da jurisdição, que garante aos pobres e desvalidos, o “*Direito célere do Estado-Juiz*”³⁴³, sempre solícito e atento aos clames dos jurisdicionados, que têm solucionados seus conflitos no enaltecimento da figura do julgador. Nessa perspectiva, a jurisdição tem sequelas míticas fincadas no pretor romano, por isso os *escopos metajurídicos* apresentam-se tão sedutores para aqueles que ainda trabalham uma *ciência dogmática do direito*, eis que, no viés sustentado, a jurisdição aparece como substitutiva do **devido processo**.

É, portanto, a “*teoria do processo como instituição*”³⁴⁴, de Jaime Guasp, formalizada por volta de 1940, no ápice dos modelos de Estado ditatoriais, a saber, “*socialista soviético, o fascista italiano e o nazista alemão*”³⁴⁵, que se demonstra atualizada a encaminhar a legitimidade do procedimento jurisdicional para a época. De acordo com Rosemiro Pereira Leal, respectiva doutrina fundamenta-se em

³⁴¹ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**, p. 343.

³⁴² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p.85-86.

³⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*, p. 114.

³⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 81-82.

³⁴⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 95.

cunhos sociologistas, priorizando a jurisprudência como principal fonte de direito para solução dos conflitos. Nesse sentido, *instituição* se conceitua como “conjunto de condutas que se articulam pela jurisdição dos juízes”³⁴⁶. Assim, o “processo” é manejado pelos juízes, que praticam um direito produzido na pragmática jurídica dos tribunais, que se comprometem com a reprodução dos valores éticos, sociais e políticos da sociedade.

Interessante observar que o novo Código de Processo Civil³⁴⁷ acolhe a teoria de processo guaspiana, de vez que sustenta a produção de um direito pelo *entendimento dos tribunais*, que deve ser *uniformizado* para orientar e vincular, obrigatoriamente, os provimentos construídos pelos míticos e íntegros órgãos judicantes. Como se vê, a infraconstitucionalidade vive um paradigma diverso daquele estabelecido pela Constituição brasileira de 1988. É preciso instaurar um estudo (teoria) científico para elaboração de leis no Brasil, que encaminhe a produção de um **direito processual democrático**, do contrário, continuaremos a criar leis arcaicas, comprometidas com paradigmas opressivos, que ontem e hoje direcionam a atuação do direito como instrumento de dominação: há uma trama ideológica para encobrir as conquistas teóricas da democracia contemporânea.

Numa evolução histórico-temporal, o Estado Social de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa, se reestrutura e, no âmbito jurisdicional, reformula a estrutura técnico-procedimental para recepcionar o denominado “*socialismo processual*”. O novo marco teórico reforça as teorias de processo anteriores para, ainda mais, conferir poderes ao magistrado. Nesse aspecto, o processo é concebido como instrumento de atuação de *valores superiores*, primordialmente em âmbito dos Tribunais Constitucionais³⁴⁸ que, criados nesse momento histórico, atuam como detentor da última e única palavra acerca da leitura exata dos princípios constitucionais. É o judiciário, portanto, quem “*diz o direito*”, por isso o papel do advogado no procedimento é secundário e, até mesmo, desnecessário, eis que o julgador é o sujeito ativo do procedimento, o único, diga-se de passagem. É o juiz quem atua na defesa das partes, na aplicação justa da lei, na

³⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 29 de abril de 2009, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁴⁷ Artigo 882 do Projeto de Lei 8.046/10.

³⁴⁸ “O TFC afirmou então austeramente que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar os seus horizontes”. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”, p. 191.

avaliação e valorização das provas³⁴⁹, conforme seu entendimento e convicção, devendo os destinatários do provimento assumir “*uma postura passiva e espectadora*”³⁵⁰.

Porém, esse modelo de processo gerou grandes preocupações nas décadas que o sucedeu, uma vez que o paradigma tirânico mandou a conta e quem pagou foi o cidadão despatrimonializado que, por ser “*fora-da-lei*”, só poderia usufruir dos conteúdos da legalidade se autorizado e aos moldes ditados pelo soberano. Assim, por ser carente de direitos fundamentais, a *comunidade jurídica* se viu entregue a “*um governo jurisdicional pelas decisões ou votos majoritários populares*”³⁵¹, o que não lhe assegurou ser co-autora do provimento final, mas espectadora de decisões proferidas em nome do povo que, na maioria das vezes, escondem o interesse da classe dominante, ou seja, o *interesse de poucos*.

Ora, o pleito de fruição de direitos fundamentais, de forma igualitária, por *todos* não pôde ser implementado pelo Estado Social de Direito, pois a efetivação de políticas públicas fica a cargo do solipsismo jurisdicional, legislativo ou administrativo, que pode se equivocar ou agir na consecução de interesses pessoais. Verificou-se, portanto, que a “*sobrecarga ética*” é um risco, que muito custou a aqueles que eram obrigados a se submeter à tirania estatal, por isso as concepções teóricas do paradigma socialista necessitou revisitação. Assim, é num contexto histórico de movimentos contrários ao despotismo do Estado – constitucionalismo – que se projeta a construção de um novo paradigma de Estado, o de Direito Democrático.

3.1.3 Estado de Direito Democrático

Num ambiente hostil, de entraves à fruição de direitos fundamentais pela *violência normativa*, erigem-se concepções teóricas a testificar os paradigmas anteriores para conjecturar a criação de um novo marco teórico para a construção do direito, que agora há de ser assegurado a toda *comunidade jurídica* pela **lei**,

³⁴⁹ “No Estado Social da primeira metade do século XX, a cognição jurisdicional era uma atividade que pertencia exclusivamente ao juiz, que poderia livremente valorar e valorizar as provas, ainda que em prejuízo das partes, bastando apenas que se apoiasse na mítica idéia de interesse público”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 95.

³⁵⁰ Estudos elaborados com base na obra: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 107-112.

³⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 179.

construída por *todo aquele que é legitimado ao processo*. Nesse tom, a concepção de Estado de Direito Democrático é vislumbrada, na perspectiva da *ciência jurídica dogmática*, como “*proceduralista*”, conforme Habermas e, no viés epistemológico contemporâneo, como “*co-institucionalista*”, de conceituação jurídico-científica de Rosemiro Pereira Leal, que formaliza a compreensão paradigmática afinada aos conteúdos principiológico-hermenêuticos do **devido processo**, que é, na Teoria Neoinstitucionalista, instituição jurídica e autocrítica, cujos enunciados se encaminham pelos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia, expressos no texto normativo da Constituição brasileira de 1988.

3.1.3.1 Proceduralismo habermasiano

O paradigma proceduralista habermasiano se estrutura no estabelecimento da dialética entre a *igualdade formal* do liberalismo e *igualdade material* do Estado Social de Direito. Erige-se das *pré-compreensões* histórico-social e cultural desses modelos estatais que o antecedeu, valendo-se dos benefícios de um “*horizonte histórico de sentido*” de ambos (liberal e republicano), para implantar uma “*terceira via*”, denominada *proceduralista*. Trata-se, pois, da formalização jurídica de um novo “*modelo de Estado*”, que é resultado da *interação* paradigmática, Liberal e Socialista, isto é, das sociedades já pressupostamente existentes³⁵², conforme defendido pelo autor, *in verbis*:

Até o momento, o paradigma procedimentalista do direito, que visa fornecer elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado Social, ainda não recebeu contornos bem definidos. Ele se apóia nas seguintes premissas: a) o caminho de volta, propalado pelo neoliberalismo através do mote “retorno da sociedade burguesa e de seu direito”, está obstruído; b) o apelo que nos incita a “redescobrir o indivíduo” é provocado por um tipo de juridificação no interior Estado Social, que impede reconstituir a autonomia privada; c) o projeto do Estado Social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior. O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por um caminho que permita “refrear” o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo. Ora, quem afirma que

³⁵² “O que se deduz, nas leituras de vários autores, é que estes estão empenhados em encontrar de forma límpida, o paradigma do Estado Democrático de Direito como se este, por imanência ou atributo, já trouxesse, em si mesmo, uma característica (‘horizonte histórico de sentido’) a ser decifrada pelos estudiosos e juristas designativa do paradigma estatal da democracia”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 28.

esse caminho de realização do sistema dos direitos sob condições de uma sociedade complexa, que segue o paradigma procedimental do direito, privilegia uma determinada forma de direito, isto é, o direito reflexivo, do mesmo modo que o paradigma liberal e o do Estado Social tinham privilegiado respectivamente o direito formal e o direito material, não está fazendo jus ao paradigma procedimental. Pois a escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar uno actu a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo o ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro³⁵³.

Como se depreende, Habermas não abandona os postulados paradigmáticos da *ciência dogmática do direito*, pois assim como nos Estados Liberal e Social de Direito, conjectura a construção de um novo paradigma a partir de uma *comunhão de sentidos consolidados historicamente*, isto é, de *sociedades civis pressupostas*, que se estruturam para formar consensos e estabelecer o Estado de Direito Democrático que, por sua vez, nasce para homologar interesses já assentados na pragmática sócio-cultural. Infere-se, portanto, que o autor recepciona o paradigma procedural como *técnica*, de vez que o “*sistema*” (Estado de Direito Democrático) presta obediência aos interesses da *sociedade civil* (classe dominante – patrimonializada), não permitindo o ingresso fiscalizatório-processual no plano instituinte, constituinte e constituído da norma, a fim de se construir uma ciência pela metalinguagem (**devido processo**), que possa ressemantizar os sentidos da lei. A filosofia habermasiana aborda paradigma aos moldes de Kuhn, a saber, impõe-se um Estado de Direito Democrático que não pode ser fiscalizado, pois está a serviço da inercialidade (por tempo indeterminado) da ditadura científica. De acordo com Rosemiro Pereira Leal, essa ciência não passa pela juridicidade, por isso é opressora, dogmática³⁵⁴.

Forte nesses argumentos conjectura-se que as teorias de “*processo como procedimento em contraditório*”³⁵⁵ e “*constitucionalista do processo*”³⁵⁶ não têm ganhos epistemológicos para efetivar os conteúdos de um **direito processual**

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade, v. 2, p. 147-148.

³⁵⁴ Estudos elaborados com base na aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 07 de outubro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁵⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

³⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, 1999, p. 89-154. ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 22, n. 87, jul. 1997, p. 63-69.

democrático, no viés da Constituição brasileira de 1988. Ora, é claro que Elio Fazzalari, ao estruturar sua teoria, por volta dos anos 70, contribuiu, e muito, para o estudo científico de direito processual na contemporaneidade, uma vez que abandona a *relação jurídica triangular*, que estabelece o vínculo de subordinação do réu em face do autor. Porém, esses estudos não fornecem elementos para a concepção de processo na perspectiva do paradigma Estado de Direito Democrático brasileiro, como sugerem aqueles que adotam a concepção paradigmática de Habermas, de vez que a teoria fazzalariana é abordada no âmbito da Constituição Italiana, que se verte na corrente doutrinária pautada em interesses de uma assembleia de especialistas³⁵⁷.

Ademais, Fazzalari concebe processo como *técnica*, ou seja, como “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para realização de finalidades”³⁵⁸, concepção teórico-processual que merece pausado estudo científico. Isso porque, o “*proceder ordenado*”, via repetições, sem possibilidade de perquirição continuada no conhecimento, produz ideologia, transformando, nesse caso, o processo como forma de dominação. Sem olvidar, outrossim, que contraditório é atributo *técnico* e específico conferido ao processo, “*procedimento em contraditório que se desenvolve entre as partes*”, que garante a bilateralidade (oportunidade de fala) e não direito fundamental que assegura o retorno incessante à normatividade pela interenunciação discursivo-dialógica de um direito construído e reconstruído em recinto teórico-procedimental, regido pelo **devido processo**³⁵⁹. Lembrando, ainda, que o contraditório, em Fazzalari, é garantido pelo juiz³⁶⁰ e não pela lei

³⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 04 de abril de 2008, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁵⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 23.

³⁵⁹ *O que seria de anotar na teoria fazzalariana do **Processo**, ponto fulgurante, neste século, do estudo do Direito Processual, é que, Fazzalari, ao distinguir **Processo** e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional do direito-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das **democracias**, o contraditório é **instituto** do Direito Constitucional e não mais uma **qualidade** que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o **contraditório** conquista teórica juridicamente constitucionalizada em **direito-garantia** que se impõe como **instituto** legitimador da atividade jurisdicional no **Processo**.* LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 83-84.

³⁶⁰ “O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas

constitucional, como assegura os postulados epistemológicos de um **direito processual democrático**.

Nesse mesmo sentido segue o argumento técnico da “*simétrica paridade*” em Fazzalari, que não passa por reflexões teórico-constitucionais, tendo em vista que se reduz em “*igualdade de tempo de fala*”, o que, nessa acepção doutrinária, impede o desequilíbrio argumentativo³⁶¹. Noutra vértice, na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a *isonomia processual*, formalizada no tripé da *isotopia, isomenia e isocrítica* é que implanta bases jurídico-científicas para implementação da “*simétrica paridade*”, apta a efetivar um **direito processual democrático**, pois aqui não se quer assegurar, tão somente, *igualdade de tempo procedimental*. Nas bases jurídico-principiológicas da Constituição brasileira, garante-se ao destinatário normativo igualdade perante a lei para que ele mesmo possa interpretá-la, criá-la, alterá-la ou aboli-la, se estas são as vontades da *comunidade jurídica* – tem-se, nessa ótica, a instalação de um paradigma linguístico, que orienta e concretiza, por excelência, o Estado de Direito Democrático.

Assim, no viés proceduralista, a “*teoria constitucionalista do processo*” também lhe é bem atrativa, eis que se sustenta por sequelas ideológicas de teorias (paradigmas) que a antecedeu. Por equívoco científico, os processualistas que se filiam ao movimento constitucionalista, que propõe uma teoria fundamentada na relação (vinculação) entre *processo* e *Constituição*, sustentam que o “*modelo constitucional de processo*”, por abordar uma *função jurisdicional* garantidora dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, já seria assinalador da perspectiva de um **direito processual democrático**. Porém, a escola constitucionalista propõe a realização de uma “*justiça civil*”, cujo modelo de processo está comprometido com a escola bülowiana e seus desdobramentos. O *processo*, portanto, continua a submeter-se à jurisdição, contudo, no viés da doutrina constitucionalista, se sujeita à “*Jurisdição Constitucional*”³⁶², por isso José Alfredo de Oliveira Baracho defende:

adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo. Nessa exigência, convém ressaltar que mesmo as provas necessárias para a instrução do processo, determinadas de ofício, devem ser postas no debate do contraditório. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 123-124.

³⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 06 de maio de 2009, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁶² “(...) *processo o instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a idéia-força de sua atuação concreta. (...) O processo coloca-se,*

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, o juiz assume papel de relevo³⁶³.

Infere-se que a constitucionalização de direitos, a partir do “*devido processo*”, se destina a assegurar o exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia garantidos pela “*Jurisdição Constitucional*”, que é atividade do julgador. O processo não se garante por sua principiologia³⁶⁴, mas pelo juiz-garantidor das *jurisprudências de valores*, do “*processo civil*”, que atua na proteção dos interesses dos patrimonializados. Não há preocupação em instalar o processo a serviço da implementação dos direitos fundamentais e da inserção do marginalizado. Como se vê, a escola constitucionalista não faz o ingresso nas propostas de construção de um **direito processual democrático**, por isso não é possível recepcioná-la como *modelo constitucional de processo democrático*, de vez que o processo não é abordado no espaço da procedimentalidade, mas no âmbito do campo físico da moral e patrimonial. Oportuno transcrever fragmento do artigo científico de Rosemiro Pereira Leal, tendo em vista embasar respectiva reflexão, momento em que o autor denuncia a precariedade do estudo de direito processual na contemporaneidade, que colabora para o entrave à compreensão do processo como *instituição jurídica paradigmática* do Estado de Direito Democrático:

A expressão “modelo constitucional de processo” vem firmando uma convicção inabalável, por força de mal-entendidos já assentados em obras e artigos jurídicos, de que uma constituição (ou teoria constitucional) que acolha em seu âmago o princípios do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e da soberania popular para o manejo dos conteúdos de um ordenamento jurídico já seria apontadora de um Estado Democrático de Direito tal qual instituído no Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º). É exatamente essa versão (compreensão) errônea do constitucionalismo brasileiro que deve ser rediscutida (...) para prevenir maiores desastres nas aberturas de “trabalhos” e pseudopesquisas e estudos sobre o tema no Brasil. Esse equívoco, que iguala o “constitucionalismo brasileiro” com o europeu ou americano do norte, do centro e do sul, é que provoca a lamentação cotidiana nos meios acadêmicos de que já completando vinte anos de Constituição, o Brasil nada acolheu de resultado benéfico com o

*também, como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsiva) dos modelos de ‘jurisdicionalidade pela’ delineados pela Constituição”. ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, p. 64-65.*

³⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, p. 92.

³⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista.

*seu Estado Democrático em face das acentuadas e persistentes desigualdades sociais e econômicas que nos assolam por séculos a fio*³⁶⁵.

A escola constitucionalista, fundamentada no paradigma proceduralista, sugere um denominado “giro linguístico”, isto é, transcender da “filosofia da consciência” para a “filosofia da linguagem”. Entretanto, olvida que aludido salto não ocorreu, uma vez que o modelo democrático habermasiano estaciona sua teoria no positivismo sociológico, na medida em que compreende ser a realidade encaminhadora da existência jurídica (*historicismo*³⁶⁶). Assim, por não realizar um estudo epistemológico, crítico-científico, no paradigma eleito, a teoria constitucionalista comete os mesmos erros das teorias de processo, ilustrativas dos modelos de Estados Liberal e Social de Direito, pois aloja as tradições do *processo civil* nas bases da constitucionalidade³⁶⁷. Ao contemplar contraditório, ampla defesa e isonomia, o faz na esfera da “ação comunicativa”, como quer Habermas. Situa a fala no espaço nu, onde não há demarcação *jurídico-procedimental-crítica-científica*, por isso não consegue sustentar o almejado “giro linguístico”, caindo no denominado “mito do contexto”³⁶⁸.

De acordo com o Rosemiro Pereira Leal, quando Habermas acolhe essa “*sociedade pressuposta*” e assim também o faz Rosa Maria Cardoso da Cunha³⁶⁹, o princípio da legalidade, “*que deveria ser congênito à própria normatividade legal como conteúdo teórico-construtivo da lei*”, é mera indicação dessa *sociedade civil* (costumes, jurisprudências, princípios éticos-morais). A lei, assim, passa a ser um acessório metabólico da sociedade histórico-sociológica, espelhando a ideologia necessária à sua existência. Isso ocorre porque, antes de ser legalizado (positivado:

³⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-284.

³⁶⁶ Nesse momento é importante esclarecer que o *historicismo* é o mimetismo, o observacionismo, isto é, significa que pela observação é possível criar teorias. Ou seja, entende que a realidade pode conduzir o homem à paz eterna (ou à criação de uma existência jurídica). Noutra vértice, o *historista* não descarta a história, contudo, ela não é condutora do destino dos homens – aceita-se a história para criticá-la. Popper é *historista*. Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 16 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Vide: LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 169-170.

³⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos elaborados com base na aula expositiva, ministrada em 18 de abril de 2008, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

³⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 36-39.

³⁶⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**.

homologatório da realidade), o princípio já existe na extralegalidade (isto é, no pacto de sentidos comungado pela sociedade pressuposta), o que o torna retórico³⁷⁰.

Ora, se decidir é compulsório, uma vez que é proibido o *non-liquet*, a lacuna³⁷¹ da lei, para o dogmatismo jurídico, é preenchida por equidade, costumes, princípios gerais, jurisprudências. Ou seja, o ordenamento jurídico é compreendido a partir de uma pauta de valores éticos, culturais e morais (*extralegalidade*), já assentada nas bases da comunidade a que se submete o decisor solipsista, conforme propugna a “*teoria de processo como instituição*” de Guasp – o que torna o princípio da legalidade retórico, tendo em vista implantar a extralegalidade e, na perspectiva da Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, II), inconstitucional³⁷².

Forte nesses argumentos apreende-se que, na perspectiva do paradigma proceduralista, as teorias de “*processo como procedimento em contraditório*” e “*constitucionalista de processo*” são modelos processuais que atendem, perfeitamente, aos postulados de um Estado de Direito Democrático implantado por Habermas. Contudo, desservem para implementar o paradigma processual da Constituição brasileira de 1988. É claro que não se pode esquecer a importância dessas teorias, que são “*pontos de partida*” para a compreensão de um direito democrático, que necessitam, apenas, de ressemantização teórica para se adequar e conferir efetividade à Lei Constitucional. Assim, a partir dos contornos epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, propõe-se a construção de um novo marco teórico (paradigma), que romperá com a ideia de que o direito é *juridicizante*, ou seja, a *mimese da realidade*³⁷³, abrindo-se perspectivas para um estudo do **direito processual democrático**, aos moldes da constitucionalidade vigente.

³⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 135-138.

³⁷¹ Para Dinamarco, “*o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 46-47.

³⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 136-137.

³⁷³ “*O fator da ‘convenção social’ como algo fundado e praticado por uma ‘sociedade’ já pactuada por todos é que cria a mitificação (mistificação) que enseja a sempre alegada e historicamente assentada (ideologizada) opinião de que todos teriam ‘clara intuição’ (Nélsion Hungria) de ser membro de uma ‘comunhão civil’ como o ‘clima ético circundante’ e que a lei expressa apenas ‘o que já existe ou deve existir na consciência jurídica de cada indivíduo’ (Otto Von Gierke). Aliás, tal fetiche de um fato social pressuposto e benévolo a criar uma sociedade secularizada para todos é expresso na ideologia da inocência das forças sociais e da factualidade (faticidade) que, segundo a teoria da antijuridicidade concreta (Miguel Reale e Miguel Reale Júnior), devem ser ratificadas pelo direito escrito no itinerário enunciativo e tridimensional do fato-valor-norma*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 147-148.

3.1.3.2 Paradigma co-institucionalista

Pode-se afirmar que o estudo jurídico da contemporaneidade aborda *quatro modelos normativos de democracia: liberal, republicano, proceduralista e co-institucionalista*. A última instituição se formaliza pelos enunciados epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal que, a partir da interenunciação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, concebe paradigma como **processo: teoria linguístico-jurídica-dialógica**. Nessa acepção, o Estado de Direito Democrático se institui pelo paradigma processual que o orienta, que é conjecturado no espaço da procedimentalidade. É por isso que se defende que é a partir dos conteúdos científicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo que se apresenta a compreensão de um **direito processual democrático**, conforme esclarece seu autor:

*(...) o **paradigma** do Estado Democrático de Direito é o PROCESSO: uma **teoria linguístico-jurídica** (medium-linguístico) já constitucionalizado no Brasil) que se distingue por **discursos** (teorias) que lhe são próprios, impondo-se, como conditio para a enunciação pelo melhor argumento no Estado Democrático, uma escolha paradigmática de maior teor autocrítico-linguístico-problematizante entre os **discursos** (teorias) **do PROCESSO** e **não** entre as várias teorias sociais e culturais, paradigmas históricos, ideologias e filosofias do direito. Com efeito, o melhor argumento no Estado Democrático deriva de escolha teórico-discursiva no âmago do **paradigma linguístico-jurídico** denominado PROCESSO³⁷⁴.*

O paradigma *co-institucionalista* permite o ingresso interpretativo nos conteúdos de uma *teoria da Constituição*, contudo, seu eixo axial não é a Constituição em si, que aparece como um *locus de cristalização de horizontes históricos*, onde se extrai sentidos dispersos e polissêmicos, como sustenta a *ciência jurídica dogmática*, mas do procedimento processualizado que lhe instrumentalizou, pelos princípios autoilustrativos, e lhe conferiu *status* de lei³⁷⁵. Como se depreende, não é a partir da Constituição que se estabelece uma teoria para criar, interpretar, alterar e extinguir direitos, mas da teoria processual que lhe deu causa e fundamento. É, pois, no plano instituinte da normatividade que se estabiliza o sentido da lei que, uma vez constituída, deve prestar obediência aos planos instituinte e constituinte.

³⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário, p. 05.

³⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 69-70; 77.

O que distingue a **teoria neo-institucionalista do processo**, que sustentamos, da teoria constitucionalista que entende o **processo** como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma **teoria da constituição** egressa de um espaço processualizado em que o **povo real** da Comunidade Política é, por direito-de-ação coextenso ao procedimento, a **causalidade** dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos³⁷⁶.

Assim, se o **devido processo** é a teoria escolhida para estabilizar o sentido da **Lei Constitucional** pelo constituinte originário, a fruição dos direitos fundamentais, expressos em seu discurso, passa pela atuação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, tendo em vista que são teorias autocríticas e institutivas estabelecidas no plano instituinte da normatividade. Em virtude disso, deverão ser atuadas, também, nos níveis constituinte e constituído da legalidade. Nesse viés, há um salto epistemológico, de vez que o Estado, a Constituição e as demais instituições jurídicas são criados pelo *processo* e não o contrário, como propugna os paradigmas de Estado Liberal, Social e Proceduralista, por isso que no viés da Teoria Neoinstitucionalista do Processo o **direito processual é, legitimamente, democrático**.

O paradigma *co-institucionalista* rompe, e nesse aspecto estamos com Kuhn³⁷⁷, com os paradigmas anteriores, de vez que a lei não é produzida pelo Estado, por uma classe dominante, que concede, estrategicamente, direitos aos despatrimonializados, através de uma normatividade autocrática, proveniente de modelos processuais despóticos. O **devido processo**, enquanto paradigma estruturante do Estado de Direito Democrático, estabiliza o sentido da fala pela linguagem jurídico-procedimental, recinto onde se estabelece a dialogicidade de direitos que já foram conquistados. Nesse tom, o direito produzido não presta serviço aos interesses utilitaristas de uma *ciência dogmática* (intenção de dominação), ao contrário, se compromete com a implementação dos direitos fundamentais e inclusão de toda *comunidade jurídica* (povo), que é legitimada ao processo para construir e reconstruir o direito pela fruição incessante e irrestrita do contraditório, ampla defesa e isonomia, princípios institutivos do **devido processo**.

Na perspectiva do paradigma *co-institucionalista*, portanto, não há como instalar políticas de conveniência pelo *“princípio da reserva do possível”*, de vez que o plano econômico é guiado pela própria fiscalidade, atuada pelo do destinatário

³⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 86.

³⁷⁷ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 145-171.

normativo³⁷⁸. É por isso que o instituto da cognição³⁷⁹ é de suma importância para a configuração de um **direito processual democrático**, de vez que impõe o enquadramento contraditório dos argumentos fático-jurídicos, a liberdade para produção ampla e plenária de provas, em isonômica dignidade procedimental para atuar a lei. Com base nesse “*limite hermenêutico*” elabora-se o provimento final que, nesse viés, é produto de um conhecimento autocrítico e objetivo que, por acolher a “*regra suprema*”, compreendendo-a como o **devido processo**³⁸⁰, rompe com os “*núcleos duros*” paradigmáticos dos Estados Liberal, Social e Proceduralístico habermasiano, que impõem uma *praxis* continuada (que é opressora) para vedar a fiscalidade.

Nesse viés processualizado, não é mais possível vincular a produção, interpretação ou extinção do direito a consensos previamente estabelecidos antes da instalação do **devido processo**. No paradigma *co-institucionalista*, o direito não é homologador de realidade, ao contrário, presta obediência aos princípios institutivos da normatividade, assumindo *status* de construtor de existências jurídicas para *todos*, que são incluídos no espaço de tempo procedimental para usufruir direitos fundamentais de forma igualitária, uma vez que toda a *comunidade jurídica* é igual perante a lei, tendo igualdade para criá-la, interpretá-la, modificá-la ou substituí-la.

Assim, sob os primados conteudísticos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que efetiva o paradigma *co-institucionalista*, a concepção de “*vida humana*” é identificada através do exercício do contraditório, que permite ao destinatário normativo a liberdade jurídico-argumentativa de escolher (entre teorias bem testadas) as condições para se *viver (humanamente)*. A ampla defesa assegura ao legitimado ao processo (povo) *liberdade* no discurso jurídico-procedimental “*sobre os fundamentos da fala defensiva de direitos*”. E, por fim, a isonomia se identifica com a *dignidade*, na medida em que significa paridade de tempo jurídico-

³⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 25 de abril de 2010, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁷⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 47.

³⁸⁰ “O devido processo, assim colocado, é isomorfo à regra suprema do *teorométodo crítico de Popper pela proibição de vedação de liberdade para todos indistintamente (comunidade jurídica) ao exercício processual da ampla defesa, como direito fundamental co-institucionalizado (constitucionalizado), de fruir, praticar, estabilizar, fiscalizar ou reconstruir, preventiva ou comissivamente, os direitos fundantes de um sistema jurídico perenemente aberto à construção continuada de uma sociedade democrática (no sentido de Popper)*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 204.

argumentativo no espaço-tempo processual e igualdade na “*fundamentalidade de direitos iguais de vida e liberdade*”. Forte nesses argumentos, entende-se por que o *contraditório*, a *ampla defesa* e a *isonomia* são isomorfos à *vida*, *liberdade* e *dignidade*, respectivamente, para Rosemiro Pereira Leal³⁸¹.

O paradigma *co-institucionalista*, portanto, não contempla somente os patrimonializados (homologando suas realidades), ao contrário, garante, através da instalação do **devido processo**, a implementação de direitos fundamentais e a inserção dos excluídos da paridade procedimental, os “*fora-da-lei*”, assegurando-lhes direitos de vida, liberdade e dignidade. Nesse raciocínio, o novo paradigma, científico-epistemológico, rompe com a ideia de inercialidade paradigmática kuhniana (“*núcleo duro*”), que desenvolve uma ciência do direito estabilizadora de sentidos, em que não se permite a processual testificação continuada de seus fundamentos: aqui se trabalha um paradigma científico em colisão com a Constituição brasileira de 1988³⁸². O paradigma *co-institucionalista* desvincula-se de um sistema estático (“*verdades absolutas*”) para “*co-instituir uma SOCIEDADE ABERTA*”³⁸³, suscetível de refutabilidade, sempre tendo em vista seu marco teórico o **devido processo** que, por não crer em absolutismo do saber e no pragmatismo histórico estacionário, atua pela fiscalização continuada do direito, na fruição dos princípios autocríticos do *contraditório*, *ampla defesa* e *isonomia*³⁸⁴.

3.2 Direito processual democrático e legitimidade construtiva da norma

Hodiernamente, o conhecimento jurídico é obtido pelo esclarecimento crítico-científico de uma epistemologia contemporânea que se contrapõe à ciência moderna do direito. Nesse tom, o estudo da legitimidade³⁸⁵ normativa de um **direito**

³⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 42; 202.

³⁸² Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 16 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 200.

³⁸⁴ Sobre a noção de paradigma *co-institucionalista*, teoria de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, sugere-se a leitura da obra: LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 198-211.

³⁸⁵ “*Não se pode confundir legitimidade com legitimação, porquanto esta é a qualidade de quem é legitimado ao processo (instituição linguístico-jurídica) de fundação e auto-inclusão numa comunidade jurídica para fruir e praticar direitos por esta instituídos co-institucionalmente (constitucionalmente) a partir da criação dos direitos pelo PROCESSO nos níveis instituinte, constituinte e constituído*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 59.

processual democrático desamarra-se das sequelas míticas da paidéia grega, o que nos faz desistir da modernidade, de vez que não recepciona um direito estabilizador de “*verdades absolutas*”. Acolhe-se uma abertura sistêmica demarcada, o procedimento, para conjecturar a produção de um conhecimento (direito) a partir do confronto de teorias, que se cotejam e se conformam pela articulação dos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Dos estudos enfrentados nessa pesquisa, fora possível identificar que as escolas jurídico-processuais, da idealista à estruturalista³⁸⁶, tentaram encontrar o fundamento e legitimidade para o direito. Contudo, as doutrinas empreendidas nesses modelos não suplicam ganhos de legitimidade para a compreensão de um **direito processual democrático**, nas bases jurídicas do paradigma *co-institucionalista*, que é teoria linguística autoilustrativa instituinte do Estado de Direito Democrático. Ora, até a promulgação da Constituição brasileira de 1988 trabalha-se uma *ciência dogmática* comprometida com *saberes iluministas*, com a *crença*, com os *mitos*, produtora de um direito estratégico, de dominação.

Nesse viés, o paradigma instituinte da democracia constitucional contemporânea suplica um desafio: ou ingressar na *pós-modernidade* ou permanecer nesse saber estratificado e continuar a vivenciar as catástrofes pela *violência normativa*³⁸⁷, que não permite o ingresso crítico nos níveis de *construção-reconstrução* da lei, de vez que o paradigma implantado é despótico. Com base nos ensinamentos de Popper e fundamentado na Teoria Neoinstitucionalista de Processo, escolhe-se a primeira opção. Isto é, acolhe-se a epistemologia quadripartite para a produção do conhecimento (“*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*”) para, em oposição à dogmática (“*sociedade tribal*”³⁸⁸), construir uma *sociedade aberta*.

A partir de então, a refutabilidade não pode ser negada, senão trabalhar-se-á com uma ciência em colisão com paradigma teórico-jurídico adotado: o **devido processo**. Nesse *locus*, o único instituto que se impõe é a *regra suprema* (“*princípio de demarcação do conhecimento*”³⁸⁹), que é instância de argumentação cognitiva, pela oferta de falseabilidade no procedimento científico de construção do provimento final, segundo uma epistemologia contemporânea, que não acolhe a *episteme*

³⁸⁶ Remete o leitor ao “*Item 2.2*” desta pesquisa.

³⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 97-108.

³⁸⁸ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 1, v. 2, p. 187.

³⁸⁹ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 28 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

grega, mas perquire a ideia de certeza contemplada pela modernidade³⁹⁰. Assim, os saberes doutrinários e jurisprudenciais são submetidos à refutação, pois, o **devido processo** abre oportunidade para o apontamento de aporias na estrutura do conhecimento pelo discurso *interenunciativo* e autocrítico.

O direito, portanto, não se legitima pela mimese, que o adéqua à realidade fático-social, por um saber jurisprudencial preponderante que se firma no reforço da “*Técnica-Ciência*”, que veda as tentativas de refutação. Na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo³⁹¹, “*a refutabilidade é concebida como direito fundamental*”, pois é recepcionada pelo **devido processo** para estabilizar o sentido da lei e legitimar uma decisão como democrática, por ser construída sob o viés da *regra suprema*. É por isso que a reabertura da “*decisão judicial transitada em julgado*” somente pode se realizar pela instalação do **devido processo** e não pela flexibilização autoritária por uma teoria de processo como instrumento da jurisdição³⁹².

O eixo hermenêutico que configura legitimidade democrática ao direito produzido no Brasil permite o ingresso investigativo nos critérios de elaboração da lei, não a acolhendo como um texto pronto e acabado, como pretende a *ciência jurídica dogmática*, que entrega aos tribunais o raciocínio da criação e aplicação da legalidade, como declarado expressamente na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (1973) e do Projeto de Lei 8.046/10³⁹³ – aqui prevalece a autoridade do jurista e não os critérios legitimadores da norma. É somente após os ensinamentos de Popper e de Rosemiro Pereira Leal que se admite perquirir, pelo destinatário normativo, as motivações pelas quais a lei foi construída, pois é a contrariedade dialógica dos princípios autoilustrativos que se encaminha a compreensão de um **direito processual democrático**, compatível com os postulados jurídico-principiológicos da Constituição brasileira de 1988.

É, portanto, o **devido processo**, o paradigma permanente da fiscalidade do sistema, que instiga, continuamente, a crítica para vedar uma interpretação que exalta a autoridade do decisor-solipsista – método adotado pelas reformas

³⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 42.

³⁹¹ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 28 de agosto de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 03-22.

³⁹³ Vide “*Itens 3.3 e 3.4*” da presente dissertação.

processuais, impeditivas de uma interpretação para *todos*. No Estado de Direito Democrático instala-se um procedimento para demarcar a linguagem, devendo, a atividade jurisdicional, prestar obediência à teoria linguística estabilizada, do contrário, apresentar-se-á ilegítima e inconstitucional. Nesse viés, perde-se o sentido de uma visão (retrógada) do direito fundamentada na perspectiva do julgador, que confere valor jurídico à jurisprudência, formalizada por conceitos axiológicos e experiências da *praxis* tribunalícia.

A discursividade, pelo contraditório, exclui o solipsismo judicial. A epistemologia quadripartite, através das quatro grandes narrativas, suplica a produção de um direito pela sujeição de seus conteúdos às “*constantes cargas e retrocargas de sentidos*”, priorizando a liberdade argumentativa (procedimental) por esse entrecruzamento jurídico-científico³⁹⁴. Assim, o direito é constantemente submetido ao questionamento legitimante de sua criação, uma vez que há um regresso continuado nos níveis instituinte e constituente da normatividade sempre que uma decisão é construída no Estado de Direito Democrático.

Seguindo esse raciocínio, importante ressaltar que, nas democracias contemporâneas o discurso é sempre demarcado teoricamente. Não há falar em consensos estabelecidos na esfera pública (“*espaço nu*”), como propugna o modelo proceduralista habermasiano. A falibilidade do conhecimento jurídico está delimitada pelo paradigma do **devido processo**, onde se instala o contraditório para refutar as “*verdades absolutas*” firmadas pela *ciência dogmática do direito*. É, nesse viés, que se configura uma *sociedade aberta* e efetivamente democrática, enquadrada na epistemologia quadripartite, suscetível à crítica científica, de vez que admite pontos problemáticos na estrutura do conhecimento³⁹⁵.

Como se depreende, a liberdade para decidir entre premissas contraditórias está demarcada pela matriz regencial do **devido processo**, o que impossibilita uma decisão fundamentada na vontade e conveniência do decisor que, por esforços hercúleos, tenta implantar a igualdade material, como propugna o modelo de Estado Social de Direito. Ora, com base nos estudos críticos elaborados até o momento, é possível problematizar que o pleito de igualdade não é conjecturado no plano sócio-econômico, pois no “*espaço público*” (*ambiente*) nunca

³⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 37.

³⁹⁵ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 16 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

seremos iguais. A igualdade de *todos* somente é verificável perante a lei, que assegura a toda *comunidade jurídica* liberdade para criá-la, interpretá-la, alterá-la, modificá-la ou extingui-la.

Nesse aspecto, se o despatrimonializado está em condições desiguais no procedimento, por impossibilidade de apresentação de defesa técnica, é dever do Estado, conforme previsto em Lei Constitucional (artigo 5º, inciso LXXIV), prestar-lhe a assistência judiciária gratuita, sendo sua omissão considerada descumprimento da legalidade (*líquida, certa e exigível*), passível, portanto, de mandado de segurança. Como se vê, o conteúdo da isotopia pressupõe a autoinclusão do indivíduo no sistema, de forma que ele não precisa de um tutor, do mítico Estado-juiz, como no modelo de Estado Social de Direito, pois no Direito Democrático o Estado é integrante da administração governativa, é servidor e não autoridade (assegura-se um lugar dentro da lei, no conteúdo da legalidade)³⁹⁶.

Assim, a partir do momento em que o “*fora-da-lei*” está devidamente representado para fruir a lei, em contraditório e ampla defesa, implementada está a isonomia no plano procedimental, uma vez que está inserido no sistema para, de forma livre e igual³⁹⁷, realizar sua escolha teórica. Observe-se que, os direitos fundamentais não são implementados por uma atividade jurisdicional garbosa, solidária ou justa, mas por uma lei que se compromete com o seu paradigma, que é instituto instaurador de existências jurídicas para aqueles que não são *civis*³⁹⁸.

É nesse viés que a legitimidade normativa do **direito processual democrático** se conjectura, pois o discurso teórico-jurídico do **devido processo** impõe o acatamento dos direitos fundamentais pela atividade jurisdicional que, ao se realizar pelos conteúdos da legalidade constitucionalizada, contribui para a diminuição dos níveis de conflitualidade³⁹⁹. Como se vê, a legitimidade é compreendida no aspecto jurídico e não mercadológico ou voluntarioso, como nos Estados Liberal e Social de Direito, respectivamente. Nessa ótica, a estrutura técnica

³⁹⁶ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 11 de novembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁹⁷ “O igual direito à vida com liberdade e dignidade é exercido nas sociedades pós-metafísicas pela processualidade jurídica à medida que a isonomia para argumentar de forma irrestrita com o outro permite a auto-incluíção dos destinatários no sistema”. ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 136.

³⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil*.

³⁹⁹ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 23 de setembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

de elaboração e reenunção incessante da lei não é informada por uma ideologia paradigmática que veda a fiscalidade para acolher um direito de dominação. Essa é uma armadilha da qual o **direito processual democrático** deve escapar.

Com base na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o conhecimento jurídico-científico formaliza-se por teorias que, uma vez propostas, são submetidas à refutação. Assim, a lei (produto de uma teoria democrática) deve ser constantemente testificada, por todo aquele que é legitimado ao processo, a fim de que o provimento final se vincule, permanentemente, ao plano instituinte, que estabilizou o sentido da normatividade. É essa fiscalização continuada, pelo retorno procedimental à legalidade legislada, que configura um **direito processual democrático**, no Estado de Direito Democrático, conforme estudos de Andréa Alves de Almeida:

No Estado de Direito Democrático, a norma é legítima quando se oferece à fiscalidade processual ampla (irrestrita). Por isso se afirma que no paradigma democrático a legitimidade normativa é a posteriori. A legitimidade das normas criadas pelo legislativo é apenas relativa. O direito nas sociedades jurídico-político-democráticas somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retorna) à processualidade jurídica para a sua discursividade. Nessas condições, os destinatários das decisões poderão ser também co-autores, e a força do direito poderá não estar na coação do Estado, mas na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos estatais⁴⁰⁰.

Nesse contexto, necessário enfrentar o dogma positivista, a saber, “*não é possível estabelecer uma interpretação única para todos*”⁴⁰¹. Realmente não é possível. Contudo, é conjecturável fixar um “*balizador teórico único para todos*”, que não pode ser afastado, a não ser por processo instituinte *a posteriori*, conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal:

*E aqui reside o **mito** positivista da impossibilidade de interpretação compartilhada para todos (menos para os positivistas), logo de impossibilidade de fixação de critérios linguístico-argumentativos para criar uma via de **igualdade** de exercício de atividade interpretativa para todos (isomenia) em face das narrativas jurídico-normativas a suplicar, para os*

⁴⁰⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 97.

⁴⁰¹ “*Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe*”. GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 36.

*positivistas, a intervenção de pessoas inatamente clarividentes ou revestidas de autoridade legal conferida por uma LEI tópico-retórica para garantir a retidão (correções continuadas) da conduta humana e preservar uma artificiosa **segurança social***⁴⁰².

O Estado de Direito Democrático recepciona o **devido processo** como paradigma regente da normatividade para delimitar o debate de direitos fundamentais, de vez que suas vertentes são infinitas. O sentido da normatividade é estabilizado pelo paradigma (*co-institucionalista*) que, pelo princípio da legalidade e da reserva legal, fixa a estabilidade do sistema pelo exercício contrastável de teorias – a partir desse marco teórico tem-se um padrão hermenêutico único para todos, que deve ser observado nos níveis instituinte, constituinte e constituído da normatividade⁴⁰³, do contrário, a lei será produzida ou reconstruída sob primados dogmáticos de falsa legitimidade democrática.

O **direito processual democrático**, com apoio nos estudos de Popper e de Rosemiro Pereira Leal, recepciona o caráter provisório das decisões. Não há falar em imutabilidade decisória, de tal sorte a não se permitir a reabertura normativa, que se realiza pela via de procedimentos processualizados – por isso o acerto de Andréia Alves Almeida ao sustentar que “*para a legitimidade da decisão no Estado Democrático, faz-se necessário constante retorno da normatividade legislada à processualidade por meio do devido processo legal*”⁴⁰⁴. Por isso não se acolhe um paradigma que se caracteriza por perenizar suas decisões em “*formas de vida*” duradouras, como sustenta Habermas ao defender um direito estático que se amolde às pré-compreensões paradigmáticas de modelos de Estado Liberal, Social e Proceduralista⁴⁰⁵.

Com base nesses estudos, infere-se que a concepção teórico-jurídica de legitimidade do **direito processual democrático** impera ressemantização, a fim de se adequar aos pleitos de democracia, formalizados no viés da Constituição brasileira de 1988 e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Nesse viés, o exercício do **devido processo** é incessantemente atuante, de forma a saltar do ensino dogmático para a abertura discursiva *processo-procedimental*, em que se tem ganho sistêmico para toda a *comunidade jurídica*, no sentido de implementação

⁴⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 264.

⁴⁰³ Estudos elaborados com base na aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 07 de outubro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁴⁰⁴ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 103.

⁴⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a faticidade e validade**, v. 2, p. 123-190.

de direitos fundamentais, continuamente fruídos, fiscalizados e reconstruídos no *iter* procedimental.

Como se vê, a compreensão de um **direito processual democrático** não recepciona a *ciência jurídica dogmática*, mas acolhe a epistemologia contemporânea, que contempla o discurso crítico problematizável, pela instalação de uma teoria linguístico-jurídico-procedimental: o **devido processo**. É por isso que a Teoria Neoinstitucionalista afasta o paradigma proceduralista habermasiano, estabelecendo a legitimidade do direito no recinto do modelo de Estado constitucional, que se forma pela homologação das “*formas de vida*” sócio-histórico e cultural – espaço hermenêutico de uma pragmática-linguística. Nessa perspectiva, as decisões são fundamentadas em ordem de valores ético-morais, totalmente descomprometidas com uma teoria discursivo-processual a partir do paradigma *co-institucionalista*.

Ao acolher a “*esfera pública*” habermasiana, contribui-se para a radicalização do positivismo sociológico, oportunizando-se a instalação do autoritarismo do decisor soberano que pode vetar, interditar ou sancionar a lei. Esse poder conferido ao estadista é ideológico, dogmático, de vez que não admite ser interrogado⁴⁰⁶. É, pois, aqui onde se localiza a insuficiência do direito dogmático, na impossibilidade de perquirição de seus conhecimentos (unilaterais), que são, sempre, impositivos, mandamentais.

Ora, essa concepção (ideológica), de um direito que não é legítimo, tampouco democrático (no viés da Constituição brasileira de 1988), é que deve ser reelaborada por um *discurso linguístico do direito*, pois a *pós-modernidade* é construída através da *linguagem*, por isso a necessidade de se criar teorias. O “*dever a ser*” é extraído a partir da fala compartilhada no recinto fixado pelo “*pacto sígnico*” linguístico de falibilidade do conhecimento. É essa demarcação teórica que nos possibilita a “*aprender com os nossos erros*”, na medida em que “*devemos tentar criticar nossas teorias*”, pois, conforme Popper, “*os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento*”⁴⁰⁷. Nesse sentido, esclarece Rosemiro Pereira Leal:

⁴⁰⁶ Aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 11 de novembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁴⁰⁷ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 2. v. 3, p. 396.

(...) a conjectura de uma nova teoria da linguagem jurídica pela possibilidade de o homem firmar um PACTO SÍGNICO como devido processo na base de uma co-institucionalidade de direitos (textual-intradiscursiva), que para si mesmo vigoraria, inaugura uma DEMOCRACIA consentânea com a pós-modernidade que não mais tem seus fundamentos fincados nas vidas indiscerníveis e sacrificiais de heróis patrióticos, de tradições ordálias, de reinados ou governos alegóricos assentados na história icônica de um imaginário coletivo delirante e alucinatório. Afastam-se, portanto, na pós-modernidade democrática de configuração não paidéica, a “**Ciência Dogmática do Direito**” e seus “**doutrinadores**” como doadores de sentido para a co-institucionalidade jurídico-normativa, uma vez que esta já teria, em seus fundamentos co-institucionais (constitucionais), estabelecido os critérios de **liquidez**, **certeza** e **exigibilidade** de direitos, de tal sorte a dispensar o talento prodigioso de inteligências clarividentes e onipotentes (autoritárias) na atuação e cumprimento do sistema adotado desde o nível instituinte das normas ao nível constituído. A **hermenêutica jurídica**, nessa hipótese democrática, exibiria uma propedêutica de imediatividade de direitos no cerne dos **fundamentos do sistema** a partir de prévios esclarecimentos em preâmbulos e exposição de motivos das LEIS⁴⁰⁸.

É por isso que o estudo da legitimidade normativa, na perspectiva de um **direito processual democrático**, não acolhe o positivismo, que se firma nas bases de um “*senso comum*”, locus de estratificação de dogmas. O positivismo aborda um direito homologador de realidades, como o “*direito pressuposto*” de Eros Roberto Grau⁴⁰⁹: não há preocupação com o direito instituinte, constituente e constituído. Assim, para sair desse alçapão, que é milenar, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo enfrenta os dogmas positivistas pelo saber compartilhado, na matriz regencial do **devido processo**, que estabelece critérios crítico-linguísticos para a produção do conhecimento, que é sempre provisório. Assim, não há falar em *direito positivado*, mas em *direito processualmente legislado*, que se formaliza através de uma atividade interpretativa de exercício igual para todos (isomenia)⁴¹⁰.

No Estado de Direito Democrático não há espaço para a *criação-recriação* de leis no recinto da *ciência jurídica dogmática*, uma vez que suas sequelas estão fixadas nos conteúdos da *lógica clássica*. O **devido processo** é *medium* linguístico que interroga, incessantemente, a validade do sistema jurídico, por isso que a Teoria Neoinstitucionalista acolhe um “*devir a ser*” permanentemente construído pelo processo, com base na *regra suprema* popperiana. Infere-se, portanto, que o marco

⁴⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 253.

⁴⁰⁹ Remete o leitor à nota de pé de página de número 185.

⁴¹⁰ Estudos formalizados em referência à aula expositiva, lecionada por Rosemiro Pereira Leal, em 18 de novembro de 2009, para disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

teórico hermenêutico para produção de um **direito processual democrático** está devidamente estabilizado.

Nesse rumo, a legitimidade normativa, no Estado de Direito Democrático, suplica ganhos epistemológicos que, por uma *legitimação ao processo*, nomeia o destinatário do provimento final o autor da lei⁴¹¹, que é continuamente testificada na estrutura cognitiva do **devido processo**. Assim, a processualidade jurídico-democrática não comporta decisões verticalizadas, sumuladas e jurisprudencializadas, que contemplam uma lei perenizada pela *ciência dogmática do direito*, não permissiva de testificação do seu saber. Ora, com base no que se tem sustentado, o **direito processual democrático** não veda a fiscalidade de seus conteúdos, ao contrário, a instiga, pois “*é o retorno da lei à processualidade jurídica que garante a sua legitimidade normativa*”⁴¹².

Como se depreende, o paradigma instituinte do Estado de Direito Democrático “*requer um modelo de sociedade aberta com uma teoria discursiva do Direito*”⁴¹³. Neste sentido, os partícipes da procedimentalidade instaurada são *legitimados ao processo* (cidadãos), isto é, co-autores discursivo-participativos da elaboração do provimento final, que mesmo transitado em julgado pode ser revisto, desde que se instaure o procedimento pelo *direito incondicionado do direito-de-ação*⁴¹⁴. É nessa perspectiva, hermenêutico-constitucional, que se estrutura a legitimidade normativa do **direito processual democrático**, como nos ensina Rosemiro Pereira Leal:

(...) 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 democrática⁴¹⁵.

⁴¹¹ “O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. v. 1, p. 213.

⁴¹² ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 105.

⁴¹³ DEL NEGRI, André L. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 23.

⁴¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 129.

⁴¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 32.

Nesse sentido, a constitucionalidade democrática compreende o **devido processo** como *institucionalizador da vontade democrática dos cidadãos*⁴¹⁶. Nesse paradigma, o direito é linguisticamente criado, devendo retornar à normatividade legislada (procedimento) no momento de sua aplicação, interpretação, modificação ou extinção. É com base nesse raciocínio que se entende que as legislações processuais civis (Código de Processo Civil (1973) e o Projeto de Lei 8.046/10 (2010)) são inconstitucionais e, por conseguinte, padecem do conteúdo de legitimidade democrática, de vez que os níveis instituinte, constituinte e constituído da normatividade não prestam obediência ao plano originário do paradigma estabilizador jurídico-linguístico da hermenêutica constitucional brasileira de 1988, conforme se verá nos tópicos seguintes.

3.3 A ciência jurídica da legislação processual civil

A *ciência jurídica dogmática* utiliza como “*pano de fundo*” o historicismo sociológico e a pragmática tribunalícia para fundamentar e elaborar as estruturas normativas, principiológicas e hermenêuticas das legislações processuais, conforme se observa dos Códigos produzidos em 1939, 1973 e do Projeto de Lei 8.046/10. Desde a inauguração, do que se poderia denominar “*tecnologia da jurisdição*”⁴¹⁷, acolhe-se uma teorização científica, espelhada na modernidade paradigmática liberal e social⁴¹⁸, que contemplam teorias de processo baseadas na “*técnica-ciência*”, correspondentes a um “*proceder ordenado, orientado para produzir resultados práticos*”⁴¹⁹.

⁴¹⁶ DEL NEGRI, André L. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática, p. 23.

⁴¹⁷ André Cordeiro Leal esclarece que a *ciência do processo*, fundada na teoria bülowiana, isto é, na *relação jurídica processual*, visa o “*aperfeiçoamento de técnicas de reforço do poder estatal, sem, no entanto, empreender qualquer reflexão sobre os marcos (democráticos) de legitimação do direito*”. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 130.

⁴¹⁸ Habermas denuncia que “*a peculiar fusão de técnica e dominação, de racionalidade e opressão, não pudesse interpretar-se de outro modo a não ser supondo que no a priori material da ciência e da técnica se oculta um projecto de mundo determinado por interesses de classe e pela situação histórica, um ‘projeto’*”. HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como Ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2006, p. 50. André Cordeiro Leal, em referência à “*modernidade jurídica*”, afirma que “*as concepções de técnica e de ciência do século XIX se articulavam para legitimar um exercício do poder imunizado contra a criticabilidade de seus fundamentos*”. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 130.

⁴¹⁹ Extraí-se, outrossim, dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal que a ciência, enquanto processo de racionalização da técnica, é produtora de tecnologia, ou seja, é teoria da técnica sem conteúdo crítico-científico (ideologia). LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 42-43. Sobre os objetivos que impulsionaram o legislador à reestruturar a

Nesse tom, sob os auspícios de uma *ciência orientada para fins*⁴²⁰, *verbi gratia*, a construção de “*uma sistemática de fecundos resultados práticos*”, realizou-se reformas instrumentais⁴²¹ (em 1939 e 1973) idealizando “*uma aspiração de todos os povos (...) a de realizar a justiça, tanto quanto possível perfeita, nas decisões judiciais*”⁴²². Sendo que, o novo Código (2010), aproveitando os institutos das legislações anteriores, fundamenta-se numa ciência comprometida com “*um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e aberrações que passam pela Ponte da Justiça*”⁴²³.

Assim, para conferir efetividade aos anseios apresentados pela *sociedade civil*, não poupou esforços, o legislador ordinário, nos três Códigos, em concentrar toda atividade jurisdicional na figura do mítico Estado-juiz, que no quadrante histórico das décadas de 30 e 70 era concebido como “*o todo do ordenamento jurídico*”⁴²⁴, estando nele em condições hierarquicamente superior a qualquer outra instituição jurídica. Contudo, respectivo marco teórico não pode mais ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, de vez que o nível instituinte da normatividade constitucional rompeu com os paradigmas de Estados Liberal e Social de Direito e estabilizou outro paradigma, a saber, o **devido processo**.

legislação processual civil, indica-se a leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, em especial, o Capítulo II (Do Sistema do Código de Processo Civil vigente), bem como do artigo escrito por Alfredo Buzaid onde afirma que a lei processualística de 1939 foi elaborada “*segundo os princípios mais modernos da ciência do processo (...) foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir toda uma sistemática nova, de fecundos resultados práticos*”. BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 52, 1957, p. 181-182. O novo Código de Processo Civil, acolhendo os postulados do pensamento dogmático, erige-se a partir de um horizonte histórico da *praxis* judiciária. Assim, com base nos argumentos midiáticos de “*morosidade da justiça*”, sustentam a elaboração de um novo código “*compatível com as necessidades e exigências da vida hodierna*”, pois é imperioso, de acordo com a comissão, “*resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere*”. Conferir: Exposição de Motivos do Projeto de Lei 8.046/10.

⁴²⁰ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, p. 129.

⁴²¹ CALMON DE PASSOS, J. J. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 15, jan./fev. 2002, p. 05-15.

⁴²² BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, p. 199.

⁴²³ Exposição de Motivos do Projeto de Lei 8.046/10.

⁴²⁴ Esclarece Rosemiro Pereira Leal que “*o Estado, na pós-modernidade, seja como Administração-Governativa ou espaço da procedimentalidade jurídica, não é mais o todo do ordenamento jurídico, mas está no ordenamento jurídico em situação homotópica (isonômica) com outras instituições e com estas se articula de modo interdependente e num regime jurídico de subsidiariedade recíproca*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 38.

Nessa perspectiva, dessume-se que as concepções de 1939 e de 1973 refletem, fielmente, o horizonte científico almejado pelos idealizadores dos Códigos de Processo Civil, elaborados naquela contemporaneidade: uma ciência jurídica ancorada nos escopos magnos da jurisdição, sustentáculo de uma hermenêutica de especialistas (axiológico-judicial), alicerçada no eixo paradigmático da jurisprudência de interesses, *locus* justificante das “*decisões políticas fundamentais*”. Essa perspectiva também é sustentada pelo legislador do novo Código de Processo Civil, que trabalha a elaboração da lei num paradigma distinto daquele que criou a Lei Constitucional brasileira de 1988.

Enuncia-se, portanto, que continuamos a vivenciar as nebulosidades do obscurantismo interpretativo, compatíveis com teorias já revogadas, que fundamentam a criação, interpretação, modificação e extinção de direitos em ideais metajurídicos de justiça ou clamor social⁴²⁵. Manifesta-se, ocultamente, o primado do dogmatismo jurídico moderno⁴²⁶: o direito, nesse marco teórico hermenêutico, apresenta-se como um serviçal da classe dominante, representada pelos tribunais, sendo, portanto, instrumento de dominação social⁴²⁷.

Seguindo esse raciocínio, não se pode olvidar, outrossim, que a cientificidade jurídica do Código de 1973 se confirma nas pré-compreensões históricas que comparecia em total harmonia com a constitucionalidade vigente⁴²⁸ que, além de instituir em seu texto o paradigma de Estado (o Social), estabelecia, através de seus

⁴²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 135.

⁴²⁶ Em Popper, uma atitude dogmática somente se mantém se imune à “*uma teoria contra a crítica, ou ela sucumbiria com demasiada facilidade, antes de poder dar suas contribuições ao crescimento da ciência*”. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 40. É por isso que na contemporaneidade a instrumentalidade clássica, formalizada em bases dogmáticas, não auffer mínimas condições de se sustentar, primordialmente após os estudos do cientista, Rosemiro Pereira Leal, autor da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. A partir desse marco teórico tem-se um estudo crítico-científico, focalizado na reflexão da modernidade jurídica, com o intuito de esclarecer as aporias (secularmente reproduzida pelo dogmatismo), visando à construção do direito em bases racional jurídico-discursiva (falível) democrática. Nesse mesmo raciocínio, é a denúncia realizada por André Cordeiro Leal, em aprofundado estudo sobre a ciência jurídica moderna, onde concluiu que a instrumentalidade do processo está em crise, graças às contribuições (abordagens críticas) do cientificismo jurídico *pós-moderno*. Sobre esses estudos, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária.

⁴²⁷ Sobre esta afirmação, remete-se à leitura da nota de pé de página de número 418.

⁴²⁸ Nesse sentido, afirma Alfredo Buzaid: “*Pouco depois da outorga da Carta de 10 de novembro de 1937, procurou o Govêrno da República dotar o país de novos Códigos, pondo-os em harmonia com a estrutura constitucional então vigente*”. BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, p. 180.

conteúdos principiológicos, normativos e sociológicos⁴²⁹, a “*moldura hermenêutica*”⁴³⁰ da sistemática jurídica. É, portanto, nesse horizonte científico que se erige o Código de Processo Civil de 1973: ancorado por uma tecnologia tridimensional da relação jurídica hierarquicamente problematizada⁴³¹, em que o ente mítico, Estado-juiz, o “*grande*” pacificador social, é o centro convergente de toda estrutura procedimental. Nesse tom, os primados universalizantes de socorro a uma sociedade órfã em direitos e garantias fundamentais são assegurados pelo “*Judiciário Salvador*” que, em ascensão político-jurídico-social numa comunidade civilizada, concede ao povo, que é estrategicamente inesclarecido, os ideários da instrumentalidade do processo: a justiça e a efetividade nas decisões judiciais⁴³² – é nesse viés histórico-paradigmático que, surpreendentemente, é elaborado o Projeto de Lei 8.046/10, apesar de o Estado de Direito Democrático ter, explicitamente, revogado o modelo de Estado Social de Direito.

Assim, sob o apanágio de um Estado garantidor das “*liberdades absolutas*”, diga-se de passagem, *infiscalizáveis*⁴³³, vislumbra-se a instauração da própria “*ditadura constitucional*” que é mantida, apesar da Lei Constitucional de 1988, tornando-se modelo estacionário de interpretações (infiscalizáveis) de linguagens enigmáticas, aferíveis num espaço metafísico, condizentes, tão somente, com a concepção de um “*Estado de Exceção*” que, na vertente hermenêutica de produção de um **direito processual democrático**, parece que se tornou regra⁴³⁴, de vez que

⁴²⁹ De acordo com o Aroldo Plínio Gonçalves, “*a Sociologia Jurídica se preocupou com as relações entre os fatos sociais e a normatividade*”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 29. Andréia Alves de Almeida explica que as correntes doutrinárias “*que operam com o método empírico (formalismo, positivismo sociológico) estudam o direito como se ele fosse um objeto pronto para ser encontrado e revelado ou extraído, exterior ao sujeito que o reconhece*”. Ao final, conclui que o desafio da pós-modernidade é romper com essa concepção, vez que “*no paradigma democrático o direito é construído, aplicado e fiscalizado a todo momento, ou seja, incessantemente pelos seus destinatários e não algo consentido pela natureza ou brotado botanicamente na sociedade*”. ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 79-80.

⁴³⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito**, p. 32.

⁴³¹ A estrutura normativa do Código de Processo Civil de 1973 fora construída sob as bases da “*teoria do processo como relação jurídica*”, formalizada por Bülow em 1868 que, além de compreender o processo como um ato de três personagens (juiz, autor e réu), problematizou a questão atinente à autonomia do direito processual face ao direito material. Acrescente-se a isso, os estudos referentes aos pressupostos processuais de existência e desenvolvimento do processo. Esta concepção doutrinária pode ser verificada na seguinte obra: BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, 2005.

⁴³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 359-372.

⁴³³ LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. *In: Relativização institucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*, p. 171.

⁴³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17-18; 21.

incompatível com o paradigma instituinte da normatividade, que é o **devido processo**.

Não é à toa que a “*linguagem naturalizada*” das disposições normativas contidas no Código de Processo Civil e no Projeto de Lei 8.046/10, primordialmente aquelas que conferem “*poderes*” supremos ao julgador, somente se revela num espaço indemarcado, ou seja, num recinto desprocessualizado. Isto porque, a teleologia processual, contemplada pela cientificidade moderna, se encontra alojada no *locus* da *physis*, sítio *extrassistêmico*, onde o direito é, acriticamente, criado, modificado e extinto. Neste espaço delimitado pela “*linguagem naturalizada*”, o paradigma interpretativo é opressor, uma vez que pauta-se em critérios de “*pacificação com justiça*”⁴³⁵, axiologicamente mensurado pelo decisor-solipsista, que deverá ser “*convencido*”; ou “*apreciará livremente as provas*”; ou “*não se eximirá de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei, devendo recorrer-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”; ou, ainda, “*decidirá por equidade*”⁴³⁶.

Como se depreende, a *ciência jurídica dogmática*, que é moderna, emoldura-se num “*sistema fechado*”, em que se proíbe a fiscalidade procedimental pelo destinatário normativo. A exegese dos conteúdos normativos dos códigos processuais criticados nos remete à paradigmas inertes, que se fundamentam na “*filosofia de crença*”, por isso há uma confiança esperançosa na “*Jurisdição Milagreira*”⁴³⁷, que atua a partir “*de uma idéia de justiça extra-sistêmica pelas*

⁴³⁵ Posição encampada pela escola instrumentalista do processo. Nesse sentido, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**.

⁴³⁶ Artigos 126, 127, 130 e 131 do Código de Processo Civil e artigos 119, 120, 354 e 355 do novo Código de Processo Civil. Remete o leitor à nota de pé de página de número 260. Em crítica ao artigo 120 do Projeto de Lei 8.046/10, que autoriza ao juiz decidir por equidade, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias indica a supressão do dispositivo, pois de acordo com o autor: “*No Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (civil law), o juiz não pode decidir por equidade. O agente público decisor sempre estará vinculado à reserva legal, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, ou seja, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões. Daí a inarredável sujeição do Estado Democrático de Direito ao princípio constitucional da legalidade, que o estrutura constitucionalmente (ver art. 37 da Constituição Federal, mencionando dito princípio estruturante do Estado Democrático de Direito em primeiro lugar, na enumeração que empreende)*”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame preliminar do Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). **Direito processual: reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 377.

⁴³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**, p. 08.

*convicções dignificantes, éticas, morais ou consuetudinárias de um julgador identificado com a ideologia de uma classe preponderante de uma sociedade intocável*⁴³⁸.

Talvez seja por isso que a criação de Tribunais Constitucionais comparece como um desejo veemente daqueles que pretendem manter ou instaurar um Estado ditatorial, obviamente que camuflado por uma (pseudo)democracia – paradigma proceduralista habermasiano. Entrementes, não se pode esquecer que a instituição de um Tribunal Constitucional configura-se um retrocesso histórico incomensurável, tendo em vista que o *locus* deste “*guardião da Constituição*”⁴³⁹ situa-se em espaço axiológico e *extrassistêmico*. Desse modo, estar submetido à “*Jurisdição Constitucional*” significa estar subordinado a uma “*ditadura constitucional*”, uma vez que a interpretação (criação, alteração e extinção) da norma não se faz pelos conteúdos dialógicos e fiscalizáveis de um procedimento processualizado, como sustenta o paradigma *co-institucionalista*, que acolhe os conteúdos epistemológicos da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, mas pelos ditames autocráticos de um “*dever-ser*” imposto por uma classe privilegiada, dominante (“*Tribunal Constitucional*”), que ainda trabalha um direito opressor: produto da “*interação*” dos modelos de Estado Liberal e Social de Direito.

A *ciência jurídica dogmática*, que é base para elaboração dos códigos de processo civil, quer se afirmar democrática por alicerçar seus fundamentos na “*teoria constitucionalista do processo*”. Entrementes, conforme já denunciado nessa pesquisa⁴⁴⁰, respectiva doutrina não realiza o ingresso nos conteúdos científicos e contemporâneos de um **direito processual democrático**, de vez que o “*processo constitucional*” estrutura-se para assegurar interesses dos civis, mantendo os “*fora-da-lei*” fora da fruição dos direitos fundamentais. Infere-se, pois, que a “*teoria da relação jurídica*” se mantém, sendo recepcionada no arcabouço constitucional, por isso o processo continua a prestar serviço para a jurisdição, só que nesse novo paradigma (proceduralista), para a “*Jurisdição Constitucional*”, o que, conforme afirmado alhures, contrapõe, em todos os termos, com o paradigma do **devido processo**.

⁴³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 38.

⁴³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, p. 102.

⁴⁴⁰ Remete o leitor ao “*Item 3.1.3.1*” desta dissertação.

Assim, mantendo-se a *ciência jurídica dogmática* voltada com os holofotes para uma sistematização jurídica de resultados práticos, as disposições normativas do Código de Processo Civil (1973) e do Projeto de Lei 8.046/10 foram elaboradas para homologar e legitimar a jurisprudencialização, que assume “*uma função prático-social, sendo utilizado para sensibilizar a sociedade e conferir uma aparente legitimidade ao direito criado*”⁴⁴¹. Conforme se dessume, acolhe-se um paradigma para atingir fins determinados e estratégicos, desprovido de uma teoria crítico-científica, que visa ao esclarecimento e a fiscalidade procedimental. Pratica-se um direito orientado para responder, imediatamente, a agitação midiática e social, de um povo excluído da “*simétrica paridade processual*”⁴⁴², que não pode fruir a lei, devendo manter-se “*perante a lei*” até que os “*civis*” (tribunais carismáticos) lhes socorram ao solucionarem os conflitos pela atividade judicacional, que atribui significados às normas para aplicar a “*verdadeira justiça ao caso concreto*”.

Com base nos estudos elaborados até o presente momento, vislumbra-se que a ciência praticada pelo dogmatismo jurídico se apresenta compatível com modelos de Estado anteriores à promulgação da Constituição brasileira de 1988, o que, inegavelmente, é desprezado pelo instrumentalismo clássico. Nesse tom, dado o grau de cientificidade do **direito processual democrático**, apreende-se a imperiosidade em recepcionar o **devido processo** como teoria jurídico-epistemológica de regência, atuação e fruição dos direitos fundamentais. Assim, a jurisdição passa a ser instrumentalizada pelo processo, isto é, é prática de atos previstos em lei pré-existente. O processo, teoria linguístico-jurídica de instrumentalização da jurisdição, descentraliza a atividade jurisdicional estatalizada, assegurando o compartilhamento cognitivo e decisório sob as bases da normatividade democrática, que autoriza a qualquer um do povo interpretar a lei.

Nesse rumo, a jurisdição não pode ser mais compreendida como “*poder-dever jurisdicional*”, mas como processual, vez que articulada pelos princípios autocríticos do **devido processo**. Nesse viés, os atos procedimentais praticados pelos sujeitos do processo (autor, réu, auxiliares do judiciário, juízes, promotores) estão previstos na lei (princípio da legalidade e da reserva legal) e não no arbítrio do julgador, que se vale do *comumente praticado pelos tribunais*. A concepção de jurisdição, por conseguinte, enquanto atividade normativa de prática de atos

⁴⁴¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**, p. 81.

⁴⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 51.

previstos em lei, realiza-se em observância ao paradigma jurídico instituído no plano instituinte da Lei Constitucional: o **devido processo** que, por não ser instrumento de atuação de um paradigma despótico (modelos de Estado Liberal e Social de Direito), rompe com a tradição instrumental: “*jurisdição sem processo*”⁴⁴³.

Como se vê, o paradigma *co-institucionalista*, pelos princípios autocríticos do contraditório, ampla defesa e isonomia, rompe com a ideia arcaica de direito “*dado*” pelo julgador, em que o recinto interpretativo, centralizado na jurisdição, tem por foco a figura do “*Estado-juiz*”. Nesse novo paradigma, **devido processo**, o direito é construído, interpretado, modificado ou extinto no eixo hermenêutico da procedimentalidade processualizada, não podendo mais ser a ratificação de uma vontade consensual, formalizada por uma ciência comprometida com a petrificação de interesses civilísticos, que não se preocupava em instalar o **devido processo** à serviço da implementação dos direitos fundamentais e inserção do marginalizado nas bases de uma sociedade *pós-moderna*, aberta e inclusiva.

É, portanto, nesse enfoque hermenêutico paradigmático que a *ciência dogmática do direito* merece revisitação, pela fiscalidade processual, a fim de compatibilizar com o paradigma instituinte do Estado de Direito Democrático, que é a instituição regente e assecuratória de procedimentos processualizados, hábeis a viabilizar a efetivação de direitos e garantias fundamentais, articulados no discurso da Lei Constitucional, que os concede “*exeqüibilidade imediata*”, eis que são dotados de enunciação teórica autoilustrativa (contraditório, ampla defesa e isonomia), configuradores de “*direitos líquidos e certos*”⁴⁴⁴.

3.4 A jurisprudencialização indemarcada do direito na *praxis* dos tribunais no Brasil

Como se depreende dos estudos realizados neste capítulo, a compreensão de um **direito processual democrático**, no viés da Constituição brasileira de 1988, impera ressemantização teórica, mormente quando nos deparamos com os conteúdos arcaicos da legislação da infraconstitucionalidade (Código de Processo Civil (1973) e o novo Código de Processo Civil (2010)) que, longe de se adequarem

⁴⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 26-27.

⁴⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos, p. 335-343.

aos referentes lógico-jurídicos (princípios institutivos) do paradigma processual do **devido processo**, na perspectiva da Teoria da Neoinstitucionalista do Processo, ainda possuem uma interpretação retrógrada (dogmática), compatível com uma hermenêutica egressa aos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito, que se apegam à interpretação pragmático-sociológica, comprometida com o momento da criação da lei (*mens legislatoris*).

Dos manuais que tratam o assunto em voga⁴⁴⁵, bem como a interpretação da lei conferida pelos Tribunais da federação⁴⁴⁶, há nítida intenção (estratégia de dominação) doutrinária em situar o julgador, hierarquicamente, no centro da cognitividade, conferindo-lhe *poderes*, abstraídos das obscuridades dos dispositivos legais que, por não serem ofertados à crítica, tornam-se ininteligíveis à compreensão de *todos*, não sendo, por conseguinte, passíveis de refutabilidade⁴⁴⁷. Diante disso, preocupados com a racionalidade normativa, compatível com a proposta de um **direito processual democrático**, adequada à Constituição brasileira de 1988, é que se pretende realizar, neste tópico, incursões (crítica-científica) nos furos de linguagem (aporias), constantes na legislação da infraconstitucionalidade, bem como nas interpretações instrumentais incidentes, essencialmente no que se refere ao “*logos aleatório ou discricionário do julgador*”⁴⁴⁸, *locus* hermenêutico extrassistêmico de alocação de *liberdades infiscalizáveis*⁴⁴⁹ (interpretação solipsista).

⁴⁴⁵ Para exemplificar, citam-se obras de alguns juristas, filiados à escola instrumentalista do processo, *verbi gratia*: CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. 2. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**.

⁴⁴⁶ O posicionamento dos Tribunais brasileiros, em especial o Superior Tribunal de Justiça, tem se pautado na radicalização do autoritarismo do julgador, na medida em que sua figura é concebida como “*destinatário imediato da produção de provas*”; ou a ele é conferido a “**autoridade para averiguar a necessidade de determinados documentos, cuja juntada não seja legalmente exigida**”; ou, ainda, compreende-se que a *valorização da prova realizar-se-á segundo as “regras da experiência”*, exigindo-se do “*magistrado, quando de sua aplicação, uma **aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova***” (grifos acrescidos). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 665561 (2004/0093391-0). 4ª Turma. Relator: Ministro Jorge Scartezini. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 198, p. 395, 02 maio 2005. p. 395. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 140097 (1997/0048568-4). 4ª Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 136, p. 333, 11 set. 2000. p. 184.

⁴⁴⁷ Em denúncia, Rosemiro Pereira Leal afirma: “*não há refutabilidade quando os conceitos são obscuros*”. LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 03 de junho de 2009, para a disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁴⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 139.

⁴⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. *In*: **Relativização constitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 171.

As aberturas de linguagem, que intelectivamente se apreende das regras insertas na legislação da infraconstitucionalidade procedimental, abonam uma “*ciência processual fundada por Bülow*”⁴⁵⁰, concedendo ao juiz *poderes* que o situa em patamar hierarquicamente superior aos destinatários normativos (provimento). Desta feita, o procedimento é conduzido autocraticamente, de tal forma que os direitos fundamentais, ao invés de serem assegurados pela Lei Constitucional, que tem como paradigma o **devido processo**, instituto assegurador da articulação de direitos fundamentais (contraditório, ampla defesa e isonomia) pela parte procedimental, são mensurados e dosados pelas “*regras da experiência do juiz*”⁴⁵¹, perspectiva hermenêutica compatível com o modelo de Estado Social de Direito, *locus* de implementação de teorias de “*processo como relação jurídica*” (Bülow) e “*processo como instituição*” (Guasp), que apregoam o despotismo processual.

Contudo, a ideologia que reputa a validade e aplicabilidade (interpretação) desses dispositivos olvida sua patente ilegitimidade face aos conteúdos *normativo-principiológicos* inseridos no arcabouço processual jurídico brasileiro e com a promulgação da Lei Constitucional de 1988, que é produto de uma teoria jurídico-linguística. Esquece-se, outrossim, que a elaboração dos Códigos (Código de Processo Civil (1973) e Projeto de Lei 8.046/10) compromete-se com um plano instituinte frontalmente contrário ao vigente, a saber, modelos de Estado Liberal e Social de Direito, que implementam teorias de processo de cunho autoritário. Em virtude disso, suas regras são inconstitucionais perante a Constituição brasileira de 1988, **lei processual democrática** hierarquicamente superior, por isso hão de ser revogados⁴⁵², tendo em vista as incompatibilidades jurídico-epistemológicas com o novo paradigma jurídico estabelecido: **devido processo**.

Nesse tom, as funções do julgador no procedimento não podem, na contemporaneidade, serem vislumbradas na perspectiva da *occasio legis*⁴⁵³ de uma hermenêutica egressa ao Código de Processo Civil de 1973 ou de uma pragmática judiciária que clama por uma legislação “*compatível com as necessidades e as exigência da vida moderna*”⁴⁵⁴, como pretendem os adeptos aos paradigmas tirânicos, já revogados pelo nível constituinte originário da Lei Constitucional. O

⁴⁵⁰ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 129.

⁴⁵¹ Artigos 335 do Código de Processo Civil e 361 do Projeto de Lei 8.046/10.

⁴⁵² Remete-se o leitor à nota de pé de página de número 56.

⁴⁵³ Circunstâncias que impulsionaram a criação da lei; interpretação vinculada ao momento da elaboração do texto normativo.

⁴⁵⁴ Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil.

sensu communi, abonado pelo Código de Processo Civil e pelo Projeto de Lei 8.046/10, apresenta-se totalmente invalidado pelo saber hodierno, crise já declarada⁴⁵⁵, sem olvidar que seu discurso “*ou não diz nada, ou diz algo já de todo incompatível com o saber de hoje*”⁴⁵⁶. Isso porque, apreende-se da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 335 que “*o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*”⁴⁵⁷, sendo respectivo entendimento transposto, literalmente, para o novo Código de Processo Civil, no artigo 361⁴⁵⁸, o que comprova o que vem sendo, repetidamente, afirmado até então: de que está faltando estudo jurídico-científico para a produção de um direito que atenda aos conteúdos teórico-epistemológicos do **direito processual democrático**, aos moldes principiológicos articulados pela Constituição brasileira de 1988.

Como se depreende, o sistema jurídico encampado pelas legislações processuais supramencionadas, compatibiliza com os ideários iluministas do século XIX, reproduzindo um ordenamento fechado do positivismo jurídico e sociológico, onde se veda o *non-liquet*⁴⁵⁹. Seguindo esse raciocínio, as lacunas da lei, tais como “*meios moralmente legítimos de prova*” são captados pela “*aguçada sensibilidade*”⁴⁶⁰ do julgador, o que demonstra a total incompatibilidade dessas regras com o paradigma jurídico contemporâneo do **devido processo**, que assegura o

⁴⁵⁵ André Cordeiro Leal, em aprofundado estudo sobre a *ciência jurídica moderna*, concluiu que a *instrumentalidade do processo está em crise*, graças às contribuições (*abordagens críticas*) do *cientificismo jurídico pós-moderno*. Sobre esses estudos, conferir: LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**.

⁴⁵⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Jurídica Consulex**, ano 8, n. 184, set. 2004, p. 60.

⁴⁵⁷ O artigo 335 do Código de Processo Civil assim dispõe: “*Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*”.

⁴⁵⁸ Remete o leitor à nota de pé de página de número 340.

⁴⁵⁹ “*O problema da lacuna surge a partir do século XIX, juntamente com o fenômeno da positivação do Direito, estando a idéia de lacuna ligada à de sistema, visto este como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes, entre os quais existe uma certa ordem (Bobbio). O conceito de lacuna, em verdade, veio alargar o campo da positividade do Direito a partir dele mesmo, exatamente porque é uma construção dogmática jurídica, que tanto assegura a eventuais critérios transcendentais uma coloração positivante, como dá força e serve de sustentáculo à argumentação do intérprete do Direito*”. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104.

⁴⁶⁰ Expressão extraída do *Recurso Especial n.º 140097*, transcrita na nota de pé de página de número 446, onde constam as interpretações conferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que compreende que as funções, ou melhor, “*os poderes*”, desempenhados pelos julgadores no procedimento são solipsistas e clarividentes.

compartilhamento do discurso cognitivo e a elaboração do provimento sob as bases da reserva da lei e não em juízos *extrassistêmicos*, pautados nas experiências (crenças indutivas) do magistrado. Esse direito praticado pelos legisladores, bem como pela *praxis* tribunalícia do país, não contempla os ganhos de um **direito processual democrático**, aos moldes sustentados nessa pesquisa, que tem como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Diante disso, apreende-se que admitir “*regras da experiência do julgador como meio de prova*” é abonar o comumente praticado pelos tribunais, em total inobservância ao princípio da legalidade, tornando-se, o senso comum, máxima universalizante como fonte condutora de resolução de conflitos, em que os valores éticos, morais e o senso de equidade são argumentos justificantes da tomada (solipsista) de decisões. O paradigma contemplado é tirânico, comprometido com o retrocesso histórico processual da “*teoria do processo como instituição*”, em Guasp, que instrumentaliza um processo a partir de “*tabus jurídicos*”, isto é, em método de resolução de conflitos a partir de uma ética axiológica e consuetudinária de um direito consensualmente estabelecido pelos tribunais. Decisões solipsistas, monodológicas, tutelas rápidas pela jurisdição, são dogmas que se legitimam em sistemas estáticos, que vedam a fiscalidade incessante e continuada pela articulação principiológica do contraditório, ampla defesa e isonomia (o que permite o ingresso na produção de um direito democrático pelo **devido processo**).

Seguindo esse raciocínio, imperioso cientificar aos adeptos aos retrógrados paradigmas de Estados Liberal e Social de Direito, que a construção e reconstrução da lei no **direito processual democrático** se faz pelo ingresso no **devido processo**, em que a hermenêutica permitida (legítima) se realiza nos ditames do compartilhamento argumentativo e probatório, sob as bases da legalidade e da reserva da lei e não a partir da compreensão (solitária) do que venha a ser melhor para todos, baseado num direito construído na *praxis* jurídica de tribunais hercúleos.

Forte nesses argumentos, mister enfrentar, criticamente, os enigmas “*lacuna da lei*”, “*juízos por equidade*”, “*princípios gerais de direito*”, como ainda prevê o arcaísmo do direito processual⁴⁶¹, bem como a interpretação (dogmática)

⁴⁶¹ Os artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil, bem como os artigos 119 e 120 do Projeto de Lei 8.046/10, vedam o *non-liquet*, por isso conferem *poderes* ao juiz para decidir, solipsisticamente, ainda que haja “*lacuna*” ou “*obscuridade na lei*”. Os dispositivos determinam seja realizado o julgamento por analogia, costumes, princípios gerais de direito e por equidade,

instrumentalista (autoritária) que, fundamentada no sincretismo jurídico do raciocínio de Bobbio⁴⁶², acolhe argumentos (verdades máximas; saberes absolutos), permitindo-se a integração do sistema pela moral do julgador⁴⁶³.

Nesse tom, não é surpreendente o acolhimento, pela *teoria da relação jurídica*, de proposições em que considera o juiz o “*destinatário das provas*”, devendo ser convencido “*acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio*”⁴⁶⁴; entendimentos que se firmam em tendências doutrinárias “*de outorgar ao juiz maiores poderes instrutórios utilizáveis ex officio*”⁴⁶⁵; argumentos que aprovam a liberdade “*de iniciativa do juiz que comporta o princípio dispositivo*”, admitindo-se a utilização “*das máximas da experiência*”⁴⁶⁶; acepções que preservam a autocracia jurisdicional, concedendo ao julgador *poderes* para iniciativa da prova, com a finalidade “*da busca da verdade real, imprescindível à boa instrução da causa*”⁴⁶⁷, ou, noutra vértice, confere ao magistrado o *poder* de “*determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”⁴⁶⁸, bem como aceita a possibilidade do julgador apreciar solitariamente e “*livremente a prova*”⁴⁶⁹.

conferindo, assim, caráter retórico ao princípio da legalidade, que somente obriga os destinatários normativos à prática de atos omissivos ou comissivos, desde que previstos em lei.

⁴⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C; ver. Téc. Claudio De Cicco. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁴⁶³ Nesta pesquisa atribui-se o sentido do termo *moral* ao explicitado por Dimitri Dimoulis, numa *acepção subjetiva*, que indica “*os valores morais que cada indivíduo aceita e organiza em um conjunto de comandos orientadores de sua conduta. Essa é a definição da moral pessoal ou, na terminologia de Bentham, da ‘ética particular’ (private ethics), que recebe muitas influências pela moral socialmente dominante, mas não se confunde conceitualmente com ela, já que o critério de definição da moral pessoal é a postura do indivíduo*”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político, p. 168.

⁴⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 17, jan./mar. 2004, p. 15.

⁴⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, jul./set. 1984, p. 179.

⁴⁶⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Índícios e Presunções como meio de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, jan./mar. 1985, p. 58.

⁴⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos relevantes da prova no processo civil. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 11, 1980, p. 27.

⁴⁶⁸ Artigos 130 do Código de Processo Civil e 354 do Projeto de Lei 8.046/10. Sobre a interpretação desses dispositivos, veja a posição de Humberto Theodoro Júnior: “*não fica o juiz impedido de determinar a realização de perícia porque a parte não a requereu na devida oportunidade, nem tampouco de ouvir uma testemunha não arrolada ou arrolada a destempo. Se a prova técnica é reputada imprescindível ou se a testemunha omitida se revela importante para a fiel compreensão dos fatos litigiosos, está dentro dos poderes de iniciativa judicial da prova a determinação de sua coleta nos autos, pouco importando que a parte já não mais pudesse requerer tais elementos de convencimento*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos relevantes da prova no processo civil. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, p.32.

⁴⁶⁹ Artigos 131 do Código de Processo Civil e 355 do Projeto de Lei 8.046/10. Humberto Theodoro Júnior confere a seguinte interpretação a essas regras: “*A livre pesquisa do fato jurídico*

Dessas considerações, deduz-se que os ideários instrumentalistas, compatíveis com paradigmas opressores (liberal, republicano e proceduralismo), são profanos, na medida em que se apresentam totalmente alheios ao paradigma instituinte, constituinte e constituído da constitucionalidade brasileira, que é o **devido processo**. Não é mais possível manter atitudes dogmáticas⁴⁷⁰, que radicalizam as obscuridades em detrimento do esclarecimento (crítico-científico), obtido com a epistemologia jurídica contemporânea, por isso imperioso realizar incursões, visando à ressemantização do **direito processual democrático**, mormente no que se refere ao confronto estabelecido pela *dogmática*: “*direito e legalidade*”.

Inicialmente, faz-se necessário cientificar os doutrinadores tradicionais (escola paulista, principalmente) de que estamos situados no paradigma do **devido processo**, que confere forma e estrutura jurídica ao Estado de Direito Democrático, o que nos conduz a uma interpretação (*existência jurídica*) do texto legal distinta daquela contemporânea do momento da elaboração do Código de Processo Civil (1973) que, àquela época, adequava-se aos modelos de Estado Liberal e Social de Direito. No viés constitucional brasileiro, a concepção de paradigma e, por conseguinte, de processo é vislumbrado noutra perspectiva científica, que não é pressuposta. Não se vivencia mais a inercialidade de um paradigma despótico, que compartilha sentidos (pré-compreensões) historicamente assentados nas bases de uma sociedade jurídico-sociológica, que determina e vincula a *construção-reconstrução* do direito.

O **devido processo**, enquanto paradigma, cria um espaço procedimental de dialogicidade para a construção de existências jurídicas inclusivas de *todos*. Assim, a lei não é uma representação metabólica de sentidos históricos, consensualmente estabelecidos na pragmática jurídica. A Lei Constitucional e, por conseguinte, as demais leis do ordenamento jurídico são produzidas pelo **devido processo** que, na conformação teórica do nível instituinte, se autorregula pelo instituto da cognição procedimental. Na vertente de um **direito processual democrático**, a construção do provimento vincula-se ao limite hermenêutico do procedimento, recinto de elaboração do conhecimento objetivo, de vez que o provimento final se configura

configurador da causa petendi delineada pela parte é, porém, atividade própria e normal do juiz, a quem se atribui o encargo de apreciar e julgar, com justiça, a res in iudicio deducta”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, p. 15-16.

⁴⁷⁰ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 40.

pelo desdobramento dos argumentos fático-jurídicos contraditórias, pela plenariedade das provas e pela atuação e fruição isonômica da lei.

Forte nesses argumentos, infere-se que o salto paradigmático impõe nova perspectiva para o **direito processual democrático**. Nesse raciocínio, a cognição não se vislumbra na vertente das teorias de processo opressoras, que contemplam uma atividade jurisdicional exercida, monopolisticamente, pela inteligência de especialistas judicantes, em que a interpretação dos escopos metajurídicos do processo são aferidos pela consciência do julgador que, a partir de sua moral subjetiva conduz o procedimento pautado nas *“regras máximas da experiência”* (crenças indutivistas), com o objetivo de atingir a teleologia reinante do processo: a solução pacífica dos conflitos (a paz e a justiça social) – concepção nítida do modelo de Estado Social de Direito, diga-se de passagem, revogado pelo paradigma contemporâneo.

Ao contrário, com a ruptura com os modelos de Estados tirânicos e, por sua vez, com a instituição do Estado de Direito Democrático, a função jurisdicional⁴⁷¹ deve ser realizada aos moldes da Lei Constitucional de 1988, somente se legitimando se fundamentada no *“próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática”*, isto é, pela própria parte (destinatária do provimento), tendo em vista ser a única legitimada pelo processo para atuar e fazer atuar a lei⁴⁷². Dessa forma, o procedimento, por ser regido pelo **devido processo**, despe-se de toda carga pragmático-axiológica e de fins *extrassistêmicos*, empreendidos pelas teorias de processo que trabalham com a *ciência dogmática do direito*, para se valer de critérios (conhecimentos) objetivos, a saber, institutos jurídicos, constituídos pelo discurso jurídico formalizado na Lei Constitucional brasileira.

⁴⁷¹ *“(…) na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível a ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico”*. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83-84.

⁴⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 63.

Nesse limiar, não há mais falar em “*tutela jurisdicional*”, mas em “*tutela legal pelo processo*”⁴⁷³, por isso o arcaísmo doutrinário dogmático ao se admitir a iniciativa probatória pelo julgador. Não é muito raro depararmos com posições doutrinárias e jurisprudenciais que chancelam a participação *ex officio* do julgador, principalmente no que se refere à iniciativa probatória⁴⁷⁴, como, também, é muito comum encontrarmos com o que é denominado pela dogmática por “*jurisprudência uníssona*”, “*entendimento dominante*”, “*jurisprudência pacífica*”, “*uniformização de jurisprudência*” – máximas universalizantes – isto é, decisões de tribunais que abonam uma hermenêutica baseada na “*lógica geral*”⁴⁷⁵ que, além de produzirem um direito autocrático, de cunho dominador, conferem ao julgador *poderes*, diga-se de passagem, ilegítimos, de condutor, hierarquicamente soberano, do procedimento, o que é uma agressão científica ao paradigma do **devido processo**.

Nessa vertente interpretativa, os escopos magnos da jurisdição⁴⁷⁶ de, por exemplo, “*efetividade da justiça*”, “*interesse público*”, “*regras da experiência*”, “*bem comum*”, “*manutenção da paz social*”, “*sadio ativismo*”, “*busca da verdade real*” são critérios justificantes das atividades instrutórias jurisdicionais nos tribunais do país⁴⁷⁷.

⁴⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*, p. 66.

⁴⁷⁴ Como se deduz das lições de Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*: “o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro passivo diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa probatória na busca da verdade real, imprescindível à boa instrução da causa”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos relevantes da prova no processo civil. **Revista de Julgadores do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, p. 27.

⁴⁷⁵ Remete o leitor ao “Item 2.3.2.1” da presente pesquisa.

⁴⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**.

⁴⁷⁷ Para exemplificar, colacionam-se decisões do Superior Tribunal de Justiça: “A iniciativa probatória do juiz, em **busca da verdade real**, com **realização de provas de ofício**, é amplíssima, porque é feita **no interesse público de efetividade da Justiça**”. (grifos acrescidos). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1012306 (2007/0287732-4). Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 07 maio 2009. “A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com **serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes**. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um **sadio ativismo**”. (grifos acrescidos). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 629312 (2004/0020033-8). Quarta Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, p. 271, 23 abr. 2007. p. 271. “3. (...) O Código de Processo Civil, atento aos **reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial**, dispôs no seu art. 130, “**cabendo ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias**” Dessume-se, do dispositivo citado, que **esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade**, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do *statu quo* ante à violação, carreando **notável prestígio para o monopólio da jurisdição** que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, **é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória**. (...)’

Entretanto, não se pode olvidar que esses parâmetros de fundamentação são *tópico-retóricos*⁴⁷⁸, eis que aludida argumentação aloja-se em recinto *extrassistêmico*, aferível, tão somente, pela filosofia da consciência dos julgadores e pela prática judiciária, que é monodológica. Como se vê, o julgador é o “*centro da atividade cognitiva*”⁴⁷⁹, operador de uma proceduralidade antidemocrática, já que, nesse marco teórico, o processo é instrumento do “*Poder Judiciário Salvador*”⁴⁸⁰ (pronto-socorro jurídico⁴⁸¹) da sociedade órfã em direitos e garantias fundamentais.

Ora, se no Estado de Direito Democrático o paradigma é o **devido processo**, este, por sua vez, não é garantido pela jurisdição, mas é teoria regente da *construção-reconstrução da lei democrática*. Nesse tom, os únicos legitimados à construção do procedimento, via argumentos fático-jurídicos e produção probatória, a fim de fixar “*as alegações factuais no discurso processual proceduralizado*”⁴⁸², são as partes, tendo em vista serem as destinatárias do provimento, portanto, as legitimadas ao processo para fruição dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia, com vistas à criação, interpretação, alteração ou substituição da lei.

Por isso, frontalmente contrário ao paradigma jurídico e à Lei Constitucional, que assegura a “*ampla defesa*”, decisões solipsistas, fundamentadas nas impressões empíricas (experiências indutivas⁴⁸³) do julgador, que atuam na proceduralidade interditando a participação do povo na construção do provimento, por ser considerada “*inútil*” ou “*meramente protelatória*”. Ao que nos parece, a lacuna da lei é estratégica⁴⁸⁴, eis que a integração (racionalidade) do sistema tem como *locus* a consciência soberana do julgador que, de acordo com seu

(Luiz Fux, in “*Curso de Direito Processual Civil*” Forense, 2001)”. (grifos acrescidos). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540179/SP (2003/0059412-8). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça**, p. 170, 14 jun. 2004.

⁴⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 108-111.

⁴⁷⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 107.

⁴⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 72.

⁴⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 143.

⁴⁸² MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p.174.

⁴⁸³ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 33-40.

⁴⁸⁴ Habermas, na década de 1970, já havia denunciado que a denominada “*racionalidade*” é comumente utilizada como “*uma forma determinada de dominação política oculta*”. Para atingir esse fim, elege-se estratégias adequadas à utilização de tecnologias, com o escopo de instalar sistemas que refletirão essas construções racionais. HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como Ideologia**, p. 46.

senso de justiça ou equidade, conduz o procedimento a se adequar à conveniência da *praxis* dos tribunais (ideologia de dominação).

Como se depreende, aludida argumentação, proveniente da “*lógica formal*”, é totalmente oposta aos institutos jurídicos efetivadores de um **direito processual democrático**, que contemplam uma teoria procedimentalizada, discursiva e compartilhada pela participação dos legitimados ao processo. No paradigma do **devido processo**, compete, tão somente, ao destinatário normativo, em bilateralidade constante em todo o procedimento, sustentar (fático-jurídico e probatório) argumentos de “*(in)utilidade das diligências*”, não sendo a “*experiência jurisprudencial*” a detentora da “*busca da verdade real*”, como quer fazer crer o arcaísmo dogmático, comprometido com modelos de processo que são frontalmente colidentes com a Constituição brasileira.

Nesse mesmo sentido, insurge-se quanto à questão do “*meramente protelatório*”: não há falar em “*protelação do tempo legal*” face ao disposto na Lei Constitucional, que assegura, aos moldes de sua teoria instituinte, a plena e ampla defesa. Portanto, desde a instauração do procedimento, até o ato de encerramento (sentença) é juridicamente viabilizado, pelos atos normativos procedimentais, a elaboração contraditória de argumentos fáticos e jurídicos, além do exaurimento da produção de provas, desde que lícitas, conforme previsto na Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, LVI), e que estejam especificadas em lei (princípio da legalidade e da reserva da lei).

Por outro vértice, esclarece-se, com amparo nas lições de Rosemiro Pereira Leal, que “*não é possível protelar o que está dentro do tempo legal e o que estiver fora do tempo legal já seria atingível pela decadência, prescrição, preclusão e perempção, não havendo como protelar*”⁴⁸⁵. Assim, quando a parte atua, no espaço de tempo procedimental que lhe é assegurado pela lei, está exercendo um direito fundamental previsto na Constituição brasileira. Ademais, não se pode olvidar que o contraditório é o desdobramento (justificativa objetiva) para a fundamentação das decisões judiciais⁴⁸⁶. Nesse tom, somente o que é teorizado procedimentalmente e

⁴⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 60.

⁴⁸⁶ “*Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das*

devidamente comprovado pela ampla produção de provas, pode “*servir de suporte para a conclusão da decisão*”, pois o que não ficar efetivamente corroborado é considerado “*alegação inexistente*”⁴⁸⁷, por isso o estudo do “*instituto jurídico da prova*” é tão importante para a compreensão de um **direito processual democrático**⁴⁸⁸.

Por conseguinte, numa visão de provimento compartilhado, compatível com a teoria paradigmática do **devido processo**, compreende-se que o contraditório, bem como a produção de provas, pelo exaurimento da defesa técnica são imperiosos para a construção legítima do provimento (no Estado de Direito Democrático). Portanto, não podem ser considerados protelatórios, a não ser por apresentação de argumentos que, submetidos ao contraditório, fique efetivamente demonstrado, representado, isto é, provado pela parte contrária que seu contraditor age em “*abuso de direito*”⁴⁸⁹.

Diante disso, apreende-se que o saber inato da filosofia da consciência do julgador (regras de sua experiência) não são argumentos legítimos a fim de conferirem legitimidade ao **direito processual democrático**, como ainda sustenta o pensamento jurídico dogmático, que conduz a doutrina e jurisprudência no Brasil. Por isso que somente os argumentos fático-jurídicos e meios legais de prova (vinculados ao princípio da legalidade e da reserva legal), *produzidos pelos destinatários normativos*, além de serem requisitos essenciais (portanto, não há falar em indeferimento *ex officio* de provas⁴⁹⁰), são aptos a formarem a persuasão

decisões”. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático, p. 105.

⁴⁸⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 174.

⁴⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas, p. 49-56.

⁴⁸⁹ “*As questões de abusividade devem ser resolvidas em procedimentos judiciais autônomos ou pelos órgãos de fiscalização profissional ou funcional dos sujeitos procedimentais, por iniciativa dos pretensos prejudicados para fins indenizatórios e não pelo juízo que, inerte por requisito jurisdicional quanto a direitos disponíveis, assumira a estranha posição de corregedor procedimental para, invés de se limitar a anular os atos, punir as partes e lhes impor ex abrupto ressarcimentos em quaisquer procedimentos judiciais*”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 167.

⁴⁹⁰ Diante disso, compreende-se que o artigo 130 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 355 do Projeto de Lei 8.046/10 são inconstitucionais, tendo em vista colidirem-se com a *garantia plena e ampla* da defesa, assegurada pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição brasileira. Avalizam essa proposição, as lições de Dhenis Cruz Madeira: “*no que tange à produção de prova, basta que as partes a requeiram, apontando os meios para que logo se inicie o procedimento probatório. O paradigma constitucional do Direito Democrático não admite a hipótese de indeferimento da prova, por mais que tal afirmação entre em choque com algumas leis infraconstitucionais e que cause a perplexidade de muitos juristas ainda não acostumados à hermenêutica constitucional*”. MADEIRA,

racional do julgador que, no Estado de Direito Democrático, vincula-se em “juízos *secundum legis*”⁴⁹¹.

Por conseguinte, no viés paradigmático do **devido processo**, não há recepção de doutrinas que se firmam na possibilidade de assegurar ao julgador *poderes* de iniciativa probatória, a fim de buscar a verdade real, tendo em vista que “os autos do processo, como verdade formal, constituem a demarcação dos limites da hermenêutica no sentido da verdade real”⁴⁹². Destarte, somente os atos procedimentais (provas e alegações), construídos compartilhadamente pelas partes e em obediência à legalidade, são critérios fundantes (contraditório (instituto jurídico garantido pela Lei Constitucional aos autores autênticos do provimento final: o seu destinatário)) para a fundamentação (legítima) do direito. Isto é, toda a procedimentalidade deve ser considerada (argumentos e provas), “ainda que sejam rejeitados fundamentadamente”⁴⁹³.

Avalizados por essas proposições, sustenta-se, outrossim, a total incompatibilidade, com o **direito processual democrático**, de posições doutrinárias e jurisprudenciais que se firmam em conferir legitimidade aos provimentos jurisdicionais construídos em esfera de “*cognição sumariada*”, pautados em “*juízos de verossimilhança*” e “*meras impressões de certeza jurisdicional*”⁴⁹⁴. Esses critérios, para a *ciência dogmática do direito*, são fundamentos de uma “*tutela jurisdicional*”, que deve ser entregue, rapidamente, “à parte que tem razão”⁴⁹⁵.

Como se deduz, a concepção de um **direito processual democrático**, em todas suas nuances teórico-epistemológicas da hermenêutica do **devido processo**, é preterida (ideologia de dominação) em prol de uma “*Jurisdição Milagreira*” – teoria compatível com modelos de Estado e de processo com alto teor de autoridade. Contudo, o entendimento dogmático olvida-se que, no viés paradigmático

Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 178.

⁴⁹¹ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático, p. 96.

⁴⁹² SOUZA, Carlos Antônio de. Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo, p. 260.

⁴⁹³ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito, p. 176.

⁴⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas, p. 68.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1770/1467>>. Acesso em: 05 jul. 2009, p. 38.

contemporâneo, decisões proferidas “*inaudita altera parte*”, que se pautam em “*sentimentos*” (autoritários) do julgador que apreende (e empreende), de acordo com suas convicções, a melhor solução para o caso concreto são frontalmente contrárias ao compartilhamento cognitivo e, por conseqüência, ao **devido processo**, ainda que o julgador tenha as melhores intenções.

Ora, na perspectiva de um **direito processual democrático**, como vem se sustentando, o processo não é instrumento, que tem como centro a figura do Estado, ao contrário, no plano do paradigma contemporâneo, processo é *teoria linguística*, portanto, a garantia da coisa julgada constitucionalizada se perfaz em coextensão ao **devido processo**⁴⁹⁶, paradigma regente da constitucionalidade e infraconstitucionalidade, assegurador teórico da articulação dos institutos da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

⁴⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 20.

4 CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA E TEORIA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA

4.1 Teorias de Processo e a Constituição brasileira

Hodiernamente, a constitucionalidade brasileira vivencia o “*paradoxo de Bülow*”, uma vez que as teorias de processo, encaminhadoras do direito processual contemporâneo, não explicam como fiscalizar a atividade (monodológica) jurisdicional, produtora de um direito *axiológico-jurisprudencial*⁴⁹⁷. Mesmo após mais de um século, a *ciência dogmática do direito* não se preocupa em investigar a problemática, mantendo-se a ideologia jurídica (direito de dominação), por não recepcionar uma *teoria da processualidade democrática*.

Dos estudos enfrentados até o momento, é possível conjecturar que o princípio da legalidade, por si só, não suplica ganhos para a efetivação de um direito democrático, pois é o **devido processo** que possibilita o expurgo de seu caráter retórico. Nesse viés, a lei não é perquirida, tão somente, pela sua validade, mas também pela legitimidade normativa, que atua nos níveis de criação e atuação do direito produzido. O procedimento (judicial, legislativo e administrativo), portanto, é demarcado pela fiscalidade democrática – instituto não abordado pela *ciência jurídica dogmática*, que não explicita onde estão os núcleos autorizativos do “*poder-dever*” conferidos ao “*Estado-juiz*”.

O que os adeptos à relação jurídica processual e seus desdobramentos não entendem é que sem o **devido processo** não é possível um modelo de vida pela construção normativa para *todos*⁴⁹⁸, conforme propugna a Teoria Neoinstitucionalista do Processo. O judiciário não se desponta como recinto heróico e carismático, como nos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito, pois no Estado de Direito Democrático é inadmissível uma hermenêutica filosófica da consciência, nesse novo marco teórico demarca-se a linguagem como teoria discursiva para a *criação-reconstrução* do direito.

⁴⁹⁷ André Cordeiro Leal explica que o “*paradoxo de Bülow*” se vislumbra na aporia da ciência bülowiana, que sustenta uma atividade judicial voluntariosa, *extrassistêmica* e criativa, contudo, não esclarece ou aponta um instrumento para demarcar esse poder, que é exercido ilimitadamente. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 60-61.

⁴⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 41-42.

A hermenêutica filosófica (“*filosofia de crença*”) não oportuniza uma atividade interpretativa includente de toda *comunidade jurídica*, nesse tom, não é possível perquirir os fundamentos utilizados pelo julgador ao decidir – o recinto é infiscalizável. O salto epistemológico, para a condução de uma teoria da constitucionalidade democrática, aos moldes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, acolhe no núcleo discursivo *todo aquele que é legitimado ao processo*, para que possa fruir dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia – por isso o Estado de Direito Democrático é considerado um sistema normativo aberto.

O discurso habermasiano concebe três modelos normativos de democracia: liberal, republicano e proceduralista⁴⁹⁹. O paradigma procedural, tão sustentado pelos processualistas e constitucionalistas da atualidade, recepciona uma teoria do discurso para fundar um modelo de Estado de Direito Democrático, contudo, a discursividade não passa pelos conteúdos de uma *teoria do processo*. O “*agir comunicativo*” é um elo entre o direito institucionalizado e a mobilização social. Habermas cria a “*esfera pública*”, reunindo tendências, convicções, intenções, propiciando a criação de uma *sociedade civil* fundamentada na cultura. A discursividade, no **direito processual democrático**, tem como paradigma o **devido processo** como institucionalização jurídico-linguístico. Desta forma, a validade do direito não é *contestável*, como sustenta Habermas, mas é *contraditória* que, conforme Rosemiro Pereira Leal, subverte e anarquiza a *linguagem naturalizada*, *in verbis*:

*Assim, Habermas absorve a carga pragmático-lingüístico-trancendental em que kantismo, neokantismo, positivismo, neopositivismo se associam para esboçar uma visão procedimentalista (prodeduralística) de democracia e política deliberativa com a qual procura identificar o paradigma de **Estado Democrático**. Ao trabalhar o conceito de uma sociedade descentrada em que o “poder comunicativo deriva das interações entre a formação da vontade institucionalizada juridicamente e os poderes públicos mobilizados culturalmente”, Habermas desenvolve uma “teoria do discurso” (decurso?) em que se encaminham uma esfera juridicamente institucionalizada por procedimentos (normatividade jurídica unicista) e uma esfera político-deliberativa culturalmente mobilizada por uma “autocompreensão procedimentalista” não jurídico-normativa “para a detecção, identificação e interpretação dos problemas que afetam a sociedade como um todo”. Esta **esfera público-política** (realidade nua), autora de procedimentos, na sua concepção de “sociedade pressuposta” descentrada e paradigmaticamente do **Estado Democrático** na contemporaneidade, põe o “procedimentalismo” de*

⁴⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 107-121.

*sua teoria da ação comunicativa em contraposição a uma teoria integralmente **constitucionalista** como projeto processualmente enunciado nos níveis instituinte e constituinte de construção de uma sociedade jurídico-política (texto constitucional dado à crítica pelo controle irrestrito de legitimidade normativa pelos legitimados ao **processo** co-extensivamente aos procedimentos⁵⁰⁰.*

O direito, no Estado de Direito Democrático, suplica o conhecimento das técnicas de articulação pelo processo, que possibilita o exaurimento do contraditório pleno, pela via da linguagem, para interrogar a lei produzida. O **devido processo**, portanto, é a grande conquista teórica da *pós-modernidade*, de vez que permite a passagem da consciência para a linguagem pela via da *cognição*, que não é mais concebida como “*atividade do juiz*”, ao contrário, é *instituto jurídico de compartilhamento de argumentos fático-jurídicos e de instrução plena probatória*⁵⁰¹. Nesse tom, não se acolhe, no **direito processual democrático**, tutelas pessoais do julgador, pois na contemporaneidade a cognição far-se-á pela *teoria da linguagem*, sendo o contraditório assegurado na fiscalidade plena do destinatário normativo.

As teorias de processo articuladas na modernidade (“*teoria do processo como relação jurídica*” e “*teoria constitucionalista do processo*”) são “*tópico-retóricas*”, de vez que sustentam tomadas de decisões solipsistas pela via da intuição e não por escolhas pautadas em *teorias contraditórias*. A despeito do paradigma instituinte da Constituição brasileira de 1988, trabalha-se no viés dogmático do positivismo jurídico, em que o direito é produto da história ou da tradição, sendo, portanto, homologado pela consciência do decisor e não construído processualmente, como propugna a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Ora, o julgador não pode mais ser considerado o “*produtor do direito*”, que o cria a partir de suas experiências indutivas, resgatando sua escolha por um ou outro argumento nas premissas histórico-culturais, como sustenta Cândido Rangel Dinamarco, autor de destaque no campo do dogmatismo e grande defensor da tradicional *instrumentalidade clássica*, como se extrai de seus entendimentos:

⁵⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 38-39.

⁵⁰¹ “*Ambas, **cognição** e **jurisdição**, devem se apresentar como **atividades compartilhadas**, regidas pela teoria do processo, num espaço procedimental formalizado e orientado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. De se atentar a que, quando se fala em regência pela teoria do processo, fala-se de uma teoria epistemologicamente adequada ao Direito Democrático. Do mesmo modo, quando se diz espaço procedimental formalizado, utiliza-se o conceito de procedimento fazzalariano, acrescendo-se o fato de que a formalização e a escrituração constituem uma garantia para a estabilização dos argumentos ventilados, o que fomenta a fiscalização e o exercício da crítica*”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**, p. 115.

Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistam a ela. Tal é, em sua simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o decisum). Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (“compondo” a lide) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação⁵⁰².

Ao contrário do entendimento exposto, não há mais falar em autoridade judicial, mas em integração participativa na atividade jurisprudencial. O destinatário normativo é o legítimo construtor das decisões. O provimento final não é um nexo “público-privado” de autoria solitária do mítico Estado-juiz⁵⁰³. Trata-se de uma atividade construtiva na estrutura técnico-procedimental, que pode ser provisória ou não (“*tutelas de urgência*”). A linguagem discursiva procedimental é demarcada pelo **devido processo**, por isso garante uma argumentação teórica includente de todos. Depreende-se que é somente nessa perspectiva que o direito se oferece à fiscalidade do legitimado ao processo.

Como se infere, a ciência do direito, praticada no Brasil, ainda não ingressou no paradigma instituinte da constitucionalidade, uma vez que as estruturas do **devido processo** estão alojadas nas tradições da “*justiça civil*”, que acolhe interesses de uma classe eminentemente privilegiada, seja intelectual, social e econômica. O processo está a serviço de uma “*jurisprudência de valores*”, que o coloca como instrumento de uma jurisdição voluntariosa para resguardar interesses, liberdades e direitos para os “*livres e iguais de uma sociedade mítica (corpo-social-primal) e condutora do melhor destino para os homens*”⁵⁰⁴. Apreende-se que, o paradigma perfilhado pela *ciência dogmática* acolhe um direito antes da produção da lei, cabendo ao Estado, tão somente, homologá-lo. Olvidam, porém, que a lei é que

⁵⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 47-48

⁵⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 18 de abril de 2009, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*, p. 285.

cria uma realidade, diga-se de passagem, inclusiva de toda a *comunidade jurídica*: “a norma é fundacional da realidade”⁵⁰⁵.

O **direito processual democrático** é construído numa processualidade normatizada, onde o contraditório é regente de toda a procedimentalidade e a ampla defesa se desenvolve em todos os níveis do procedimento. A “*tutela padrão*”, no Estado de Direito Democrático, é a “*tutela legal*” pelo **devido processo**, que instiga a produção da lei numa ordinariedade discursiva e plenária. Nesse viés, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo aponta as aporias no conhecimento dogmático para demonstrar a incoerência (inconstitucionalidade) da recepção de um Estado-juíz, que se apossa do poder legislativo para, solipsisticamente, suprir os *conceitos indeterminados*, as *cláusulas abertas*.

O paradigma *co-institucionalista* não possibilita a *judicialização política das relações sociais*, pois respectivo posicionamento mascara o autoritarismo estatal, que sempre atua em prol de seus interesses e não da coletividade, como nos modelos de Estado Liberal e Social de Direito⁵⁰⁶. Nesse tom, e com base no marco da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, se conjectura que a inserção de lacunas na lei é proposital e estratégica, de vez que enseja a interpretação monodológica do julgador, que pode conceder ou interditar direitos aos excluídos da paridade procedimental – é por isso que o princípio da legalidade assume caráter retórico.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo é o *contraponto* à instrumentalidade do processo, de vez que atua pela articulação jurídico-principiológica do contraditório, ampla defesa e isonomia. Há, portanto, uma inversão: a prova não é elaborada para convencimento do julgador. A prova é *instituto jurídico* de fixação de fatos e argumentos constantes nos autos⁵⁰⁷, com vistas à construção do provimento final, que não é ato do magistrado, mas do destinatário normativo, que se convence por ter sido co-autor do provimento final e não por ser obrigado a se submeter a uma decisão que fora proferida e imposta pelo mítico Estado-juíz (regra de reconhecimento de Hart – forma de dominação)⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 09 de maio de 2009, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵⁰⁶ Remete o leitor à nota de pé de página de número 86.

⁵⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 49-56.

⁵⁰⁸ Remete o leitor à nota de pé de página de número 238.

A instrumentalidade do processo propugna a criação e atuação de um direito pela “*livre vontade*” do julgador, contudo, olvida que a atividade judicial solipsista instala a “*violência da lei*”, através de súmulas vinculantes, ementários de jurisprudências, enunciados, pré-julgados, como reiteradamente se praticam nos tribunais do país, uma vez que nesse recinto a *processualidade jurídica democrática* é *ausente*⁵⁰⁹. Porém, na perspectiva da Constituição brasileira, o paradigma instituinte da normatividade já se encontra instalado como *medium* linguístico (**devido processo**), que demarca o discurso jurídico, em contraditório permanente, para afastar a violência judicializada, sempre ratificada pela *ciência dogmática do direito* (doutrinas e jurisprudências), que trabalha o direito no âmbito da *lógica formal*.

Forte nesses argumentos, conjectura-se que a constitucionalidade brasileira não recepciona o direito dogmático praticado no Brasil, por isso a compreensão de um **direito processual democrático** merece ressemantização teórica, a fim de se alinhar ao paradigma de Estado de Direito Democrático. Nesse tom, não há falar em “*decisão judicial justa*” a partir do ajustamento da *ratio legis* com a *mens legislatoris*. Na concepção paradigmática *co-instituinte*, a decisão é *jurídico-processual*⁵¹⁰, uma vez que não se constrói nas bases da *lógica clássica*, mas na demarcação instituinte do **devido processo**, que se insere na *pós-modernidade* para implantar uma *linguagem proposicional* contrária à repressividade do direito, implantada pela *ciência jurídica dogmática*.

O **devido processo**, enquanto *medium* linguístico, instala o discurso democrático impossibilitando a manipulação da lei a serviço do fortalecimento do Estado. Porém, não é qualquer linguagem que estabiliza o discurso e caracteriza a produção de um **direito processual democrático**. Imperioso esclarecer que a linguagem apresenta-se em *estágios*, sendo que não são todos que oportunizam a instauração da crítica e, por conseguinte, do discurso processual, encaminhador de um direito legitimamente democrático, aos moldes sustentados nessa pesquisa, tendo em vista o marco teórico perfilhado.

⁵⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 111-119.

⁵¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**.

Em Popper, a linguagem apresenta quatro funções: *auto-expressiva*, *sinalizadora*, *descritiva* e *argumentativa*⁵¹¹. As duas primeiras são denominadas “*funções inferiores*” e são comuns aos homens e aos animais, uma vez que são *sintomáticas*⁵¹². As derradeiras são pertinentes somente aos homens. A *descritiva* emerge da ideia de verdade, isto é, “*de uma descrição que se ajusta aos fatos*”⁵¹³. A *argumentativa* permite o discurso crítico da concepção de validade da fala humana (descritiva). A linguagem jurídica democrática se alça no nível da argumentação (quando encaminhada pela via linguística do **devido processo**), tendo em vista que instala o debate no âmbito da validade ou invalidade do direito (positivado)⁵¹⁴. Uma vez instaurado o discurso, tem-se o *enunciado* que, se dogmático, não se oferta à refutabilidade, por isso a expressão “*discurso*” deve ser ressemantizada, de vez que seu conteúdo pode ser estratégico (de dominação) e não vinculado à perspectiva de uma *sociedade aberta*, instaurada por **direito processual democrático**. Para que haja abertura à falibilidade discursiva e, por conseguinte, a suspensão da crença, institui-se o **devido processo** para permitir a perquirição e eleição de sentidos num plano argumentativo compartilhado. É, pois, a “*linguagem enunciativa proposicional*”, devidamente demarcada no recinto da processualidade democrática, que interroga o enunciado e, ao mesmo tempo, se oferece à crítica, contínua e incessante pelo contraditório⁵¹⁵.

Com base na teoria popperiana e na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o **direito processual democrático** rompe com as “*formas puras de dominação*”⁵¹⁶, uma vez que não são questionáveis pela linguagem, mas são válidas porque estabelecidas por uma lei positivada por uma autoridade mítica e despoticamente legitimada, na perspectiva dos modelos de Estado Liberal e Social de Direito. O

⁵¹¹ Conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário, p. 06.

⁵¹² “*A função auto-expressiva ou função sintomática da linguagem é óbvia: toda linguagem animal é sintomática do estado de algum organismo. A função sinalizadora, ou de liberação, é igualmente óbvia: não denominamos lingüístico qualquer sintoma a menos que admitamos que ele pode liberar uma resposta em outro organismo*”. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 121.

⁵¹³ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 121.

⁵¹⁴ “*A função argumentativa da linguagem humana pressupõe a função descritiva: os argumentos, fundamentadamente, são acerca de descrições; criticam descrições do ponto de vista das idéias reguladoras de verdade, de conteúdo e de verossimilitude*”. POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 121.

⁵¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos elaborados com base na aula expositiva, ministrada em 11 de março de 2010, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵¹⁶ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, p. 128-141.

devido processo é teoria linguística que permite a abertura discursiva do direito legislado, por isso a Lei Constitucional brasileira, enquanto ato jurídico que explicita a teoria a partir da qual é constituída, preconiza o controle de constitucionalidade por um *direito-de-ação co-extenso ao procedimento*, conquanto a *ciência dogmática* ainda conceba o acesso fiscalizatório promovido por falantes restritos e pleitos precários⁵¹⁷.

Forte nesses argumentos, recepciona-se o paradigma *co-instituinte* para eleger uma nova teoria, apta a conjecturar a produção e atuação de um **direito processual democrático**, jurídico-cientificamente alinhado à perspectiva da Constituição brasileira de 1988 e do Estado de Direito Democrático, conforme se verá no tópico seguinte.

4.2 Constitucionalidade brasileira: por uma teoria concorrente à efetivação de um direito processual democrático

Dos estudos conjecturados até o presente, infere-se que as doutrinas (dogmáticas) de processo não suplicam ganhos epistemológicos para a construção de uma *sociedade aberta* democratizada. É, portanto, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo que, opondo-se à jurisdicionalidade do Estado-juiz, à inerência do contraditório ao procedimento para a configuração do processo, conforme Fazzalari, e à visão de constitucionalização do processo pelo “*modelo civil*”, que concorre para a efetivação de um **direito processual democrático**.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo é proposição formalizada na vertente paradigmática do Estado de Direito Democrático, que é o **devido processo** – fonte originária e instituinte do sistema. Nesse viés, aborda a concepção de processo no âmbito da construção autocrítica de direitos fundamentais líquidos, certos e pré-constituídos no plano instituinte e constituinte do discurso constitucional⁵¹⁸. Em virtude disso, desvincula-se da atuação de uma “*jurisdição civil*”, que se ocupa com os direitos subjetivos, historicamente assegurados e

⁵¹⁷ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática.

⁵¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos, p. 665-676.

constitucionalmente recepcionados que possam ser lesados ou ameaçados de lesão⁵¹⁹.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo atua em contraponto às teorias de processo, que não acolhem direitos fundamentais de autoincludência do legitimado à fruição de direitos líquidos, certos e exigíveis, constitucionalmente assegurados. Nesse raciocínio, não se propõe uma sociedade política pressuposta ou uma concepção de Estado como marco construtivo da constitucionalização do direito, como sustenta Habermas, que desenvolve um paradigma proceduralista pela interação histórico-pragmática de pré-compreensões estratificadas nos modelos de Estados Liberal e Social de Direito.

No marco teórico constituinte da democracia brasileira, sustenta-se como eixo de construção, interpretação, aplicação, modificação e extinção do sistema o *paradigma-co-institucionalista* do **devido processo**, que formaliza um “*dever a ser*” da atuação normativa pela principiologia do processo. A lei emerge a partir desse núcleo linguístico-paradigmático e principiológico do contraditório, ampla defesa e isonomia⁵²⁰. Assim, não há falar em doutrinas sociológicas, que propugnam a criação botânica do direito a partir da sociedade humana (carga historicista) – por isso que as doutrinas, da idealista à estruturalista, desservem para a compreensão de um **direito processual democrático**⁵²¹. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo repugna o positivismo, de vez que impede o esclarecimento científico, por trabalhar com saberes (doutrinas) não interrogáveis, transmitidos pelo tempo.

É a Teoria Neoinstitucionalista do Processo que hermetiza a “*teoria do interpretante*” para estabilizar o sentido da normatividade no plano instituinte. É nesse nível que é possível realizar a distinção entre *lei autocrática* e *lei democrática*, sendo, nas palavras de seu criador⁵²², a maior valiosidade da teoria conjecturada. Hodiernamente, se o estudo jurídico da lei não se realizar na perspectiva de um **direito processual democrático** não há qualquer contribuição para a epistemologia contemporânea. Nesse tom, é o **devido processo** o *interpretante* na teoria linguística, que orienta a instituição normativa das *co-instituições* (Constituição), *in verbis*:

⁵¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 90-92.

⁵²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista, p. 02.

⁵²¹ Remete o leitor ao “*Item 2.2*” desta pesquisa.

⁵²² LEAL, Rosemiro Pereira. Aula expositiva, ministrada em 19 de maio de 2010, para disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

*Assim, a linguística contemporânea é que promoveu uma autovirada (...) ao preconizar a decodificação do sentido do **discurso** a partir de um **código** que se presta à própria definição do discurso e não mais a partir das “multissignificações” de sentidos advindas da mente do locador e sublocador do **discurso**. Portanto, a “decodificação” do discurso, com essa auto-reviravolta linguística, migra do âmbito também enigmático do **texto** dos decisores para o recinto intradiscursivo – e diríamos – pelo “código” (interpretante) instituinte e constituinte do DISCURSO CONSTITUCIONAL (CO-INSTITUCIONAL) CONSTITUÍDO, que é, em minha teoria neoinstitucionalista, o “devido processo” o qual, a seu turno, assume atributos de um **neoparadigma** com “função metalinguística” a demarcar um “meta-sentido” como fundamento do sistema jurídico-democrático para a criação de uma **sociedade aberta** derivada de uma comunidade de legitimados ao processo (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados (hermenêutica isomênica)⁵²³.*

Nessa perspectiva, a isomenia assegura direito igual de interpretação jurídica para todos, sendo referente lógico-jurídico que passa pela constitucionalidade⁵²⁴. Por isso a teoria proposta repugna a dualidade *garantismo processual* e *ativismo processual (judicial)*. O **devido processo** preconiza a auto-aplicabilidade de normas instituintes de direitos líquidos, certos e exigíveis no nível de atuação da lei e não no plano da proteção de autoridades e guardiões dos direitos fundamentais. Como se vê, não há tutoria jurisdicional da normatividade na Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

O paradigma *co-instituinte* estabiliza o sentido da fala humana para a *comunidade jurídica*, onde a lei é produzida a partir do embate teórico de argumentos linguísticos contraditóriáveis. O controle de constitucionalidade é exercido pelo **devido processo** no procedimento legislativo, que não contempla uma fiscalização, tão somente, no nível constituído da normatividade⁵²⁵. A abertura cognitiva para refutabilidade deve ocorrer nos três planos de *construção-reconstrução* da norma, de vez que o paradigma referencial é linguístico e autocrítico.

Nessa concepção, o que designa o **direito processual democrático** é o *sujeito de direito*, destinatário do provimento final, que é o legítimo atuante da lei nos três níveis da normatividade, em contraditório, ampla defesa e isonomia. A compreensão de *cidadania*, portanto, é redefinida, não se limitando à capacidade eleitoral ativa e passiva, pois “o voto deve ser visto como uma fração mínima da

⁵²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, p. 274.

⁵²⁴ Remete o leitor ao “Item 3.2” da presente dissertação.

⁵²⁵ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática.

*democracia*⁵²⁶. O Estado de Direito Democrático, em consonância com seu paradigma instituinte, insere toda a *comunidade jurídica* no sistema, permitindo o exercício pleno, irrestrito e continuado do “*dever a ser*” por todo aquele que é legitimado ao processo, conforme lições de Rosemiro Pereira Leal:

Em direito democrático, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto-entrega de sua pessoal cidadania no Estado democrático de direito.

*(...) Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional*⁵²⁷.

Insta salientar que, esta autoinclusão do *sujeito de direito* no sistema e, por conseguinte, sua liberdade de atuação na construção-reconstrução dos atos procedimentais deve ser alicerçada pelos conteúdos teórico-linguísticos do **devido processo**, instituto jurídico assegurado de procedimentos argumentativo-contraditórias, em que o discurso e a produção plenária de provas se desenvolvem em isonomia processual. São, portanto, os atributos autoilustrativos do processo que contribuem para a configuração de um **direito processual democrático**, conforme pleito da Constituição brasileira de 1988.

Os princípios institutivos do processo são institutos legitimadores das atividades estatais (processo legislativo, administrativo e judicial). Desde Fazzalari o contraditório já despontava como atributo existencial do processo, conquanto o autor não tenha realizado uma reflexão no âmbito da fundamentalidade do direito (liquidez, certeza e exigibilidade), conforme postulados formalizados na vertente jurídico-constitucional democrática e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo⁵²⁸. Nesse sentido, válido transcrever as lições de Aroldo Plínio Gonçalves, precursor da “*teoria do processo como procedimento em contraditório*” no Brasil:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles

⁵²⁶ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**, p. 176.

⁵²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 150-151.

⁵²⁸ Remete o leitor à nota de pé de página de número 359.

*que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos*⁵²⁹.

Partindo dos estudos de Fazzalari, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo recepciona o contraditório como direito fundamental de fiscalização continuada – e não como bilateralidade, tão somente. O marco teórico proposto por Rosemiro Pereira Leal é autocrítico, de vez que se desenvolve nas bases das quatro narrativas da epistemologia contemporânea (“*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*”). É nessa perspectiva que se desenvolve a compreensão de um **direito processual democrático**, uma vez que implanta a fiscalidade processual em todas as bases de criação e atuação da lei. Além disso, por ser uma instituição autoilustrativa, permite (instiga) a investigação de seus próprios fundamentos, pois a epistemologia contemporânea não se desenvolve nas bases de verdades imanentes às coisas.

Com base nesse raciocínio, o contraditório é originário da concepção de “*vida humana*”, pois o espaço da processualidade inclui toda a *comunidade jurídica* para, numa linguagem teórico-jurídica, construir *formas de vida* includentes de todos. O exercício da crítica (fiscalidade) propicia ao *sujeito de direito* (re)definir as condições de sua própria existência, que vai além da *vida biológica* para implementar a *vida humana digna*, somente possível “*pelo princípio do discurso jurídico processualizado, uma vez que o direito à vida passa pelo estudo da discursividade (direito à vida discursiva), pois o grande fator que distingue o homem do animal é a linguagem*”⁵³⁰.

A isonomia permite a construção da *dignidade* através do direito de igual oportunidade participativa no discurso, que assegura a “*igualdade perante a lei*” (*isotopia*), “*igualdade de todos para interpretar a lei*” (*isomenia*) e “*igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei*” (*isocrítica*)⁵³¹ – por isso se contrapõe à teoria fazzalariana, que compreende a isonomia pela “*simétrica paridade*”, ou seja, igualdade de tempo e de “*armas*” para atuar no espaço procedimental⁵³².

A ampla defesa se redefine como direito fundamental de *liberdade* espaço-estrutural do discurso, que oportuniza a plena produção de provas, desde a instauração do procedimento até o ato de seu encerramento. Conforme postulados da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a instrução probatória se configura pela

⁵²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 115.

⁵³⁰ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**, p. 334.

⁵³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 61.

⁵³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 119.

instrumentalização gráfico-cartular de argumentos fático-jurídicos, no *iter* procedimental, por isso não há falar em departamentalização da estrutura cognitiva. Os atos jurídicos fixados no procedimento são provas, por isso não podem ser desconsideradas pelo julgador quando da elaboração da decisão, *in verbis*:

*A rigor, a prova em juízo não se limita a uma fase instrutória, mas, na acepção de **instituto jurídico**, é estruturadora do procedimento. A estrutura procedimental, como seqüência de atos jurídicos numa relação espaço-temporal, compõe-se de **elementos** teóricos exigidos em leis pelo acatamento de pressupostos e condições que deverão ser claramente explicitados pelos **meios** (articulações, alegações) que a lei determina e pela via de **instrumentos** (petições e peças documentais) que formam os **autos** do procedimento (processo). O espaço procedimental é construído pelo tempo (prazo) das articulações na forma legal. Daí, os binômios teórico-processuais **espaço-elemento**, **tempo-meio** e **forma-instrumento** são categorias jurídicas que, ao integrarem a compreensão do instituto lógico-científico da prova, também propiciam o entendimento da teoria da procedimentalidade nas Democracias. Infere-se que a supressão de qualquer categoria lógica do **instituto da prova** é descaracterizadora de sua existência legal no discurso jurídico-democrático⁵³³.*

Apreende, portanto, que a articulação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia define o paradigma construtor-reconstrutor de um **direito processual democrático**, na medida em que cria uma teoria para estabilizar o sentido da lei, a saber, o **devido processo**. Nesse viés, a fiscalização (retorno incessante da lei à normatividade) presta obediência ao referente lógico-jurídico, que é o paradigma *co-institucionalista* – instituição reflexiva escolhida no plano instituinte da normatividade, constituinte do Estado de Direito Democrático e da Lei Constitucional de 1988.

Na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o **devido processo**, atuado pela interrenúnciação principiológica do contraditório, ampla defesa e isonomia, é o *interpretante* do sistema, uma vez que orienta a instituição normativa da lei. A *linguagem jurídica*, nesse viés, para se adequar à concepção de um **direito processual democrático**, é estabilizada através dos conteúdos jurídico-epistemológicos do paradigma eleito no plano instituinte da Lei Constitucional. É por isso que a norma, na vertente da Constituição brasileira, se oferece, continuamente, à refutabilidade e ao controle de constitucionalidade. Como se vê, o método crítico envolve o conceito de paradigma.

⁵³³ LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 52.

Forte nesses argumentos, conjectura-se que é a partir desse marco teórico é que há o ingresso do *processo* na contemporaneidade, uma vez que permite a perquirição (fiscalidade processual) dos fundamentos do sistema, em todas as suas bases. O *processo*, portanto, é teoria crítica, é *medium* linguístico implantador de democracia jurídica, tendo em vista instigar a abertura investigativa de seus próprios fundamentos numa linguagem teorizada e construtiva de um “*dever a ser*” em co-autoria entre os destinatários normativos.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo salta do “*saber pragmático*” para a atuação de um direito autoilustrativo, superando a modernidade e as doutrinas tradicionais vinculadas à teoria da relação jurídica. Com base na epistemologia quadripartite, acolhe o método crítico para decidir sobre a resistência teórica das relações entre enunciados. Por isso, nesse marco teórico, não é possível decidir de modo solipsista ou monodológico, mas a partir da teoria mais resistente à refutabilidade, que é escolhida a partir do embate teórico, interenunciado no espaço de tempo procedimental, demarcado pelo paradigma do **devido processo**⁵³⁴.

Aqui está, portanto, a falência ou, como já declarou André Cordeiro Leal, a *crise da instrumentalidade do processo*⁵³⁵, por isso a imperiosidade em se contrapor à *ciência dogmática do direito* e produzir conhecimentos (teorias) problematizáveis para a construção de um **direito processual democrático**, que atenda aos postulados das democracias contemporâneas. O **devido processo**, enquanto teoria linguística autocrítica assegura, pela *regra suprema*, a produção de um direito legítimo, fiscalizável e democrático. As decisões, no Estado de Direito Democrático, somente se legitimam se construídas-reconstruídas pelo **devido processo**, do contrário, não serão democráticas, segundo uma epistemologia contemporânea (Teoria Neoinstitucionalista do Processo).

Para o delírio dos positivistas, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo esclarece o dogma secular da estabilização do sentido da lei, que se conjectura através da instalação da refutabilidade pelo **devido processo**⁵³⁶. Essa proposição é libertadora, uma vez que liberta o homem da crença, de pressupostos históricos condicionadores, de pré-compreensões peremptórias. Pela possibilidade de

⁵³⁴ Estudos elaborados a partir da aula expositiva, lecionada em 14 de agosto de 2009, por Rosemiro Pereira Leal, para a disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵³⁵ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**.

⁵³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**.

reconstrução incessante da lei é possibilitado ao homem conduzir seu próprio destino, pois lhe é assegurado construir *existências jurídicas de vida humana digna e libertária* pela fruição dos direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis do contraditório, ampla defesa e isonomia – princípios institutivos do paradigma *co-instituinte*.

Nesse tom, a *comunidade jurídica*, amparada pela abertura sistêmica, é atuante ativa da construção da normatividade, exercendo, plenamente, os atributos da cidadania das democracias contemporâneas. O Estado de Direito Democrático, desta feita, pode ser conjecturado como um *espaço procedimental de auto-inclusão dos sujeitos de direito*, lhes outorgando o acesso fiscalizatório de todos os atos praticados por agentes das funções legislativa, executiva e judiciária, de vez que as atividades são praticadas em nome do povo. Ademais, na perspectiva do paradigma do **devido processo**, o destinatário normativo é o legitimado ao processo para construir, interpretar, alterar ou extinguir a lei, que é o discurso normativo criador de direitos que, constantemente, podem retornar à normatividade legislada, se essa for a vontade da *comunidade jurídica*.

Dessume-se disso, que o **devido processo**, na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, é paradigma autocrítico, articulador e implantador do **direito processual democrático**, construído em procedimento cognitivo compartilhado e sempre suscetível à revisitação, de vez que sua teoria instituinte é formalizada nas bases enunciativas da epistemologia quadripartite.

Assim sendo, somente a partir do salto epistemológico, conjecturado pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que definiu o **devido processo** como paradigma instituinte, constituinte e constituído da normatividade, é possível atribuir legitimidade democrática ao direito, no viés da Constituição brasileira de 1988. Isso porque, na concepção da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, os institutos jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia conferem origem e legitimidade à **lei**, por isso sempre que houver atuação dos direitos (interpretação, aplicação, alteração ou extinção) a principiologia jurídica será invocada, do contrário não se estará produzindo um **direito processual democrático** (legítimo e fiscalizável).

Forte na explanação da teoria eleita como concorrente à efetivação de um **direito processual democrático**, aos moldes da constitucionalidade brasileira, é

possível compreender por que o autor da Teoria Neoinstitucionalista do Processo compreende o *“Processo como Teoria da Lei Democrática”*⁵³⁷.

⁵³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.**

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PROPOSIÇÃO DE UM NOVO PROBLEMA

A compreensão de um **direito processual democrático** suplica a reenunção da *ciência dogmática do direito*. O mito, o dogma e a filosofia de crença cedem espaço para uma *sociedade aberta*, onde o conhecimento é, constantemente, testificado pela abertura sistêmica implantada pelo paradigma de Estado de Direito Democrático.

Como se infere, a escolha do marco teórico para fundamentar a presente dissertação não é aleatória: justifica-se no paradigma instituinte da constitucionalidade brasileira, que impõe uma fiscalização continuada no sistema, rompendo, assim, com a *ciência jurídica dogmática*, estruturada numa epistemologia bipartite: “*Técnica-Ciência*”.

Hodiernamente, o pensamento dogmático está superado, de vez que não é suficiente para o enfrentamento de outros paradigmas. O *processo* é construído nas bases de uma epistemologia quadripartite (“*Técnica-Ciência-Teoria-Crítica*”), sendo, portanto, teoria autocrítica, instituinte de uma democracia jurídica e não paidéica. Nesse marco teórico, o pleito de arguição do sistema é impositivo, pela “*regra suprema*”, tendo em vista que não recepciona as ideias de certeza, mas problematiza as verdades absolutas impostas pela ditadura da consciência.

Nessa perspectiva, não há falar em verdades extraídas do observacionismo, como se fosse possível aprender com a realidade. A epistemologia contemporânea confere responsabilidade ao homem para conduzir seu próprio destino, por isso tem o dever de investigar os fatos e construir novas existências jurídicas, senão estará condenado à “*vida biológica*” ante a recusa de “*viver humanamente*”.

O estudante de direito, comprometido com um direito democrático, legítimo e fiscalizável depara-se com um grande desafio: enfrentar o secular dogma positivista, em que o paradigma é posto pela história e a visão de mundo se estabiliza autopoieticamente. O paradigma *co-instituinte*, na concepção da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, é teoria linguística da racionalidade coletada no método autocrítico de Popper. Em virtude disso, o conhecimento não é um saber estratificado, não é dogma. O **devido processo** é recinto onde é possível a arguição dos fundamentos do sistema, de vez que a teoria eleita é discursiva e autoilustrativa.

No marco teórico da Teoria Neoinstitucionalista do Processo e do paradigma *co-institucionalista*, constrói-se um direito para fiscalizar a autocracia da *ciência*

dogmática, pois é imperioso abolir o povo (dominado) da escravidão tecnológica. Nesse viés epistemológico, direito é construído para erradicar os fatos que conduzem as catástrofes para a humanidade. Isso é possível porque o *neo-paradigma* assegura a redução dos níveis de conflito pela fiscalização continuada no sistema. É essa abertura sistêmica que possibilita a *comunidade jurídica* construir existências jurídicas em padrões de dignidade, liberdade e incluídos de todo o povo.

Contudo, a efetivação do paradigma instituinte demanda conscientização do legitimado ao processo, via estudos científicos, a serem implantados nas faculdades de direito. Para reconhecer seu importante papel na construção da *pós-modernidade*, o povo deve ser portador de teorias, o que somente é possível através de ensino educacional de qualidade, primordialmente o ensino jurídico – talvez seja por isso que o legislador constituinte originário da Constituição brasileira de 1988 conferiu a educação o *status* de direito fundamental.

Consciente de que a “*vida humana*” se conjetura pelo contraditório, a *dignidade* pela isonomia e a *liberdade* pela ampla defesa, o homem se torna *livre, igual e independente*, pois se desacorrenta do mito, do medo, das crenças. Essa é a maior conquista da humanidade (ganho epistemológico de autoria da Teoria Neoinstitucionalista do Processo): ao homem é dado o poder de escolher os rumos de sua própria existência. E como essa existência exsurge de um “*conhecimento objetivo*”, pode ser incessantemente problematizado e modificadado, pois as teorias são sempre provisórias.

É por isso que o direito não pode ser concebido como algo brotado, botanicamente, da sociedade ou erigido de um recinto natural (*physis*) ou, ainda, coletado das experiências da *praxis* tribunalícia. Nas democracias contemporâneas, a compreensão de um **direito processual democrático** demanda a problematização de um paradigma que informa a produção e atuação de uma lei legitimamente democrática.

Com base no “*Mundo 3*” e no método autocrítico de produção do conhecimento popperiano, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a partir do confronto de teorias rivais, elege como marco teórico para a construção de um **direito processual democrático**, a teoria linguística e autoilustrativa do **devido processo**. Trata-se, portanto, da recepção de um *neo-paradigma*, o *co-institucionalista* que, por ter sido escolhido como marco teórico para a elaboração da

Constituição brasileira de 1988 e das *co-instituições* jurídicas do Estado de Direito Democrático, é teoria regente nos três planos da normatividade constitucional e infraconstitucional.

Assim, por ser teoria autocrítica, o **devido processo** está sempre aberto à revisitação crítica de seus conteúdos instituinte, constituinte e constituído. É por isso que se defende que a legitimidade democrática está no retorno continuado do direito à normatividade legislada, pois a decisão nunca é peremptória, de vez que está sempre aberta à revisitação, desde que instaurado o procedimento pelo *direito-de-ação*.

Forte nesses estudos, problematiza-se que a concepção de um **direito processual democrático**, obediente ao pleito sistêmico da Constituição brasileira de 1988, se conjectura no viés do paradigma autocrítico do **devido processo** que, por seus princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia, possibilita a criação de uma *sociedade aberta, pós-moderna* em que as *existências jurídicas* são construídas e reconstruídas pelo *conhecimento objetivo*, desvinculado de pressupostos históricos condicionadores e formalizado pela linguagem humana teórico-argumentativa.

Como se depreende, é a Teoria Neoinstitucionalista do Processo que se preocupa com a implementação dos direitos fundamentais, que nessa vertente são líquidos, certos e exigíveis, e a inserção do “*fora-da-lei*” na sistematicidade do Estado de Direito Democrático. Há, pois, a formalização de um compromisso com as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?: e outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa. 1997.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 22, n. 87, páginas, 63-69, jul. 1997.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha. O Império do Direito de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, p. 118-142, 2001.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, páginas, 89-154, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C; ver. Téc. Claudio De Cicco. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 140097 (1997/0048568-4). 4ª Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 136, p. 333, 11 set. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540179/SP (2003/0059412-8). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça**, p. 170, 14 jun. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 665561 (2004/0093391-0). 4ª Turma. Relator: Ministro Jorge Scartezini. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 198, p. 395, 02 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 629312 (2004/0020033-8). Quarta Turma. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, p. 271, 23 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26603/DF (Distrito Federal). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 241, 19 dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1012306 (2007/0287732-4). Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 07 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF (Distrito Federal). Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 145, 06 ago. 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.046, 22 de dezembro de 2010.** Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 798954/DF (Distrito Federal). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 98, p. 775, 25 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 606623/PE (Pernambuco). Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 171, 06 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 842553/PR (Paraná). Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 181, p. 599, 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Recurso Extraordinário n.º 597.285. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, 05 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 110596/MT (Mato Grosso). Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 217, 16 nov. 2011.

BRAUN, Edmund. Karl-Otto Apel: pragmática transcendental como transformação semiótico-normativa da filosofia transcendental. In: HENNIGFELD, Jochem; JANSOHN, Heinz (Org.). **Filósofos da atualidade**. Tradução de Ilson Kaiser. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2006.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 52, páginas 180-215, 1957.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma de Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, páginas 476-488, maio 1999.

CHEDIAK, Karla. O problema da falácia naturalista para o projeto de uma ética evolucionista. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, páginas 147-157, jan. /jun. 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. 5. ed. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

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

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Exame preliminar do Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques

Zandona (Coord.). **Direito processual**: reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

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

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho**: público y privado. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1975.

DURKHEIM, Émile. **Émile Durkheim**: sociologia. In: RODRIGUES, José Albertino. (Org.). 5. ed. Tradução de Laura Natal Rodrigues. São Paulo: Ática, 1990.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

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

GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, páginas 106-121, jan./jun. 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como Ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HUSSERL, Edmund. **Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica**. 2. ed. Traducción de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1962.

JAEGER, Werner. **Paideia**: los ideales de la cultura griega. 10. ed. Tradução de Joaquín Xirau e Wesceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

KAFKA, Franz. Diante da lei. In: KAFKA, Franz. **A Colônia Penal**. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2007. v. 7.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 4. ed. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

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. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da democracia. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 1, jul. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf>.. Acesso em: 20 jul. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil. LEAL, Rosemiro Pereira. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. LEAL, Rosemiro Pereira. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Aulas expositivas lecionadas no primeiro semestre de 2008, para a disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 7, n. 1, dez. 2008. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Docente/O%20Paradigma%20Processual%20ante%20as%20Sequelas%20Míticas%20do%20Poder%20Constituinte%20Originario.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Aulas expositivas lecionadas no primeiro semestre de 2009, para a disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Aulas expositivas lecionadas no segundo semestre de 2009, para a disciplina de **Teoria Processual das Decisões Jurídicas**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Aulas expositivas lecionadas no segundo semestre de 2010, para a disciplina de **Cátedra Lopes da Costa de Direito Processual**, do curso de Doutorado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Aulas expositivas lecionadas no primeiro semestre de 2010, para a disciplina de **Teoria Geral do Processo**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. 5. ed. Tradução de Chaim Samuel Katz e Eginardo Pires. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Igualdade e isonomia processual. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Coord.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **Jus**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, páginas 47-65, jul./dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1770/1467>>. Acesso em: 05 jul. 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque **Novos Estudos**, n. 58, páginas 183-202, nov. 2000.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Índícios e Presunções como meio de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, páginas 52-67, jan./mar. 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, páginas, 41-56, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juiz e a Prova. In: **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, páginas 178-184, jul./set. 1984.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2010.

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. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Paradigmas constitucionais e inconstitucionalidade das leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

PASSOS, J.J. Calmon de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 15, páginas 05-15, jan./fev. 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano VIII, n. 184, páginas 58-63, 15 set. 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Virtuajus**: Belo Horizonte, ano 3, n. 1, p. 2, jul. 2004. Disponível em <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2007.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle processual de políticas públicas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: tomo 1, v. 2. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: tomo 2, v. 3. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 1996.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, José Albertino. A Sociologia de Durkheim. In: RODRIGUES, José Albertino. (Org.). **Émile Durkheim**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre: HS Editora, 2007, páginas 244-268, n. 14 (jan./mar. 2011).

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: nos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Carlos Antônio de. Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos relevantes da prova no processo civil. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 11, número 51, páginas 15-38, 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 17, páginas 09-28, jan./mar. 2004.

TAVARES, Fernando Horta. Aula expositiva, ministrada em 28 de agosto de 2008, para a disciplina de **Fundamentos Constitucionais da Execução Civil**, do curso de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

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

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel. (Org.). **Max Weber**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.