

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Faculdade Mineira de Direito

O PROCESSO ALÉM DA INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA

Maria Inês Rodrigues de Souza

Belo Horizonte

2006

Maria Inês Rodrigues de Souza

O PROCESSO ALÉM DA INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA

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

Orientador: Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal.

Belo Horizonte

2006

Dissertação para obtenção do título de mestre em Direito Processual apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais por Maria Inês Rodrigues de Souza, intitulada *O Processo além da instrumentalidade técnica*, e aprovada com nota 100 em 20 de setembro de 2006, perante banca composta pelos professores

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Orientador)

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Aos meus filhos, Ricardo e Alexandre
José, que me possibilitam a experiência
do amor incondicional; e ao meu marido
Henrique German, por tantas razões...

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Gercina, e ao meu saudoso pai, José Natal, pelo constante incentivo a todos os meus projetos.

Ao Professor Rosemiro Pereira Leal, cujas lições deram-me coragem de abandonar um conhecimento (do qual já me orgulhei, confesso) até então preservado sem questionamentos.

Ao jovem e brilhante mestre em Direito Processual, Gabriel de Deus Maciel, pela inestimável contribuição ao desenvolvimento deste trabalho, por suas esclarecedoras lições, precisas sugestões, valiosas indicações bibliográficas e enriquecedoras críticas.

Aos colegas Henrique da Cruz German e Mário Konichi Higuchi Júnior, da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, que, em razão de minha licença/férias, sofreram considerável sobrecarga.

A penosa caminhada de uma sociedade, que ainda não resolveu problemas de ordem vital para a maioria de seus membros, desperta, nos estudiosos mais conscientes da dignidade reconhecida a cada ser humano pelo Direito, a indignação por sabê-lo existente e por vê-lo, não obstante, negado. A indignação que nasce da pureza das intenções tem pressa. A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre o foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la já. Compreende-se, então, o apelo para que o Direito seja o elemento transformador da sociedade.

Aroldo Plínio

RESUMO

O processo, enquanto definido por vínculos de subordinação, sem se distinguir do procedimento, e, junto com este, assumindo as mesmas finalidades da jurisdição (atividade do Estado-juiz), a qual deve servir, possibilitando decisões isoladas (decorrentes de sujeitos singulares portadores de um saber privilegiado somente acessível àqueles que ainda exercem poder), não passa de mais um mecanismo de dominação. Neste quadro, processo, procedimento e jurisdição servem, em última instância, ao exercício da violência.

O poder, desde a CR/88 (art. 1, parágrafo único) não mais emana de seres iluminados ou do Estado, mas há de ser enunciado por todos os membros da sociedade, o que exige uma racionalidade que busca consenso e reconhece as diferenças, e não uma racionalidade do indivíduo em busca de certos fins, que procure o sucesso. O cidadão das atuais sociedades pluralistas e democráticas não mais acredita no *mestre*, *intérprete* ou *guia* (ainda que sensível às desigualdades sociais) que lhe diga e imponha o que julgue *bom* ou *justo*. O conceito do que seja bom, do que seja justo, há de decorrer de compartilhamento intersubjetivo. Por tal razão, o direito mostra-se como espaço de permanente discussão, não sendo possível conceber-se a aplicação normativa sem prévio debate hermenêutico de seus destinatários. Torna-se, portanto, evidente a importância que o Processo assume na questão da legitimidade: é a partir de uma teoria do processo, que se guie por princípios que estabeleçam parâmetros que permitam a discussão e fixação críticas da linguagem jurídica, que se poderá alcançar a construção de um direito legítimo (democrático). O Processo é balizador interpretativo para aplicação do direito.

Destarte, é através do Processo, concebido além de sua instrumentalidade técnica, que se torna possível a operacionalização de uma razão comunicativa capaz de efetivar o projeto iluminista original de liberdade e emancipação, conforme anunciado por uma teoria da modernidade habermasiana.

Palavras-chave: Processo

Jurisdição

ABSTRACT

Process, as defined by subordination bonds, unseparated from procedure, and, along with it, taking over the same goals of jurisdiction (State-judge's activity), which must serve, allowing isolated ruling (that comes from single subjects who have a privileged knowledge only reachable by one still remaining in power), is nothing but another domination device. The picture above shows process, procedure and jurisdiction, in the end, on service of violence.

Power, since CR/88 (art. 1st and paragraph) no longer emerges from the State nor enlightened ones, but it ought to be declared by each and every citizen, what requires a rationality of agreement and recognition of differences, not a rationality of individuals in search of their own goals or personal success. The modern citizen of democratic and plural societies does not accept and no more believes in a *master*, *interpreter* or *guide* (even though sensitive to social tensions) who tells him about *good* and *fair*. The concept of what good and fair are must break on through the very idea of a internormative sharing. Because of that reason, law is the stage for permanent debate, being impossible to impose it upon anyone before previous and careful hermeneutical discussion among all those involved. Therefore, in the question of legitimacy, the great importance of Process emerges: a legitimate (democratic) law comes necessarily from a theory of process that stresses the need of certain, largely discussed and critic limits to judicial language. Process limitates interpretation for law imposal.

Then, through Process, conceived far beyond its technicality, it is possible to establish a communicative rational able to give effectiveness to the original illuminist project of freedom and emancipation, in accordance to the Habermas' theory of modernity.

Key-words: Process

Jurisdiction

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
------------------------	-----------

CAPÍTULO I

RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E RACIONALIDADE DISCURSIVA NO PERCURSO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

1. A institucionalização da razão instrumental e o procedimentalismo instrumental	12
2. A crítica de Habermas à razão instrumental	18
2.1. A teoria discursiva do direito: a escolha dos fins	23

CAPÍTULO II

TECNOLOGIA DA JURISDIÇÃO

3. O processo a partir de Bülow: o processo concebido como técnica da jurisdição	34
4. O processo como instrumento da jurisdição	48
5. Processo e procedimento na perspectiva instrumentalista	51
6. O processo a serviço da jurisdição: a decisão judicial pela racionalidade do decisor	54

CAPÍTULO III

A INSTRUMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO

7. A jurisdição como atuação da vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda)	64
8. A jurisdição como justa composição da lide (Carnelutti)	67
9. O caráter instrumental da jurisdição	71

CAPÍTULO IV

O PROCESSO COMO BALIZADOR DA JURISDIÇÃO

10. Processo e procedimento vistos de um ponto de vista lógico (Fazzalari)	73
11. Constituição e Processo	79
12. Contraditório e fundamentação das decisões: em busca da legitimidade decisória	83
13. Instrumentalidade das formas e devido processo legal	86
14. O processo e a legitimidade da jurisdição: a possibilidade de uma racionalidade crítica no Direito	91

CONCLUSÕES	95
-------------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
---	------------

INTRODUÇÃO

Habermas demonstrou que a dominação somente se mantém quando pode ocultar-se através de impedimentos ou limitações à comunicação, de forma a impedir a crítica sobre as normas a serem seguidas. A saída, portanto, para a efetivação da liberdade estaria na razão comunicativa, voltada para o entendimento, e na sua operacionalização pelo direito, a partir da institucionalização de procedimentos de criação e aplicação normativa, cuja racionalidade discursiva permita aos indivíduos reconhecerem-se como autores do ordenamento jurídico, e não apenas como destinatários. É unicamente de sua gênese procedimental democrática que o direito pode retirar sua legitimidade, propiciando integração social em sociedades pluralistas, nas quais não há um acordo sobre o que seja justo ou ético.

Avulta, neste ponto, a importância da teoria do processo. Conforme o significado que se dê ao processo, pode o direito manter-se como mera técnica de dominação, ou transformar-se em meio de integração social legítima.

No âmbito de interpretação e aplicação do direito, embora seja a teoria do processo como relação jurídica entre pessoas a que encontra maior número de adeptos em nosso país, pretende-se, no presente trabalho, demonstrar sua insuficiência para a compreensão do direito democrático, uma vez que bloqueia a comunicação (discurso), quer por considerar dispensável o próprio espaço discursivo, quer por desprezar os argumentos nele produzidos, resultando a decisão da racionalidade do decisor.

A construção de um direito que se permita questionar e que, assim, não se torne instrumento de dominação, pressupõe uma teoria do processo que estruture um espaço discursivo (espaço de testabilidade internormativo-processual de pretensões de validade) apropriado ao exercício dos direitos fundamentais de participação (soberania popular) na criação, fiscalização e aplicação do direito; enfim, uma **teoria** que abandone

a mera função técnico-instrumental e assuma papel decisivo na questão da legitimidade do direito e da construção jurídico-processual democrática.

CAPÍTULO I

RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E RACIONALIDADE DISCURSIVA NO PERCURSO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

1. A institucionalização da razão instrumental e procedimentalismo instrumental

O ajustamento de meios a fins é o que define a razão instrumental ou razão técnico-científica, cujas origens devem ser buscadas no Positivismo.¹

Para que se obtenha os meios indispensáveis ao domínio da natureza e da sociedade, impõe-se a escolha da técnica apropriada para a consecução de certo fim. O agir será racional quando o meio escolhido for apto a conduzir ao fim almejado, mas tal escolha deve visar ao maior sucesso possível através do menor esforço e menores gastos possíveis (princípio da eficácia). Trata-se de uma racionalidade de controle, de uma razão centrada no sujeito (paradigma da filosofia da consciência ou do sujeito),² “que encontra suas medidas em critérios de verdade do conhecimento de objetos e de sucesso no domínio sobre objetos e coisas”.³

A racionalidade instrumental, na prática cotidiana, manifesta-se sob a forma de ação estratégica, que consiste “naquele tipo de ação instrumental em que uma pessoa,

¹ O Positivismo é a corrente filosófica fundada, na segunda metade do século XIX, pelo filósofo Isidore-Auguste-Marie-Xavier Comte que, em oposição à tradição metafísica da filosofia, defende que o conhecimento possível é aquele que decorre dos fatos da experiência. Busca-se não mais a essência das coisas, mas à descoberta, a partir da observação e da experimentação, das leis naturais que regem os fenômenos. Segundo Abbagnano, “a característica do positivismo é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível. Como Romantismo em ciência, o P. acompanha e estimula o nascimento e a afirmação da organização técnico-industrial da sociedade moderna e expressa a exaltação otimista que acompanhou a origem do industrialismo. É possível distinguir duas formas históricas fundamentais do P.: o P. social de Saint-Simon, Comte e Stuart Mill, nascido da exigência de constituir a ciência como fundamento de uma nova ordenação social e religiosa unitária; e o P. evolucionista de Spencer, que estende a todo o universo o conceito de progresso e procura impô-lo a todos os ramos da ciência” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, v. verbete *Positivismo*).

² “Calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto”. Entre seus representantes estão Decartes, Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 59).

³ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, p. 63.

em seu agir, utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso pessoal).”⁴

Este modelo de racionalidade com respeito a fins prevalece na contemporaneidade como característica marcante das sociedades capitalistas.

No que diz respeito às conseqüências da institucionalização (normatização) da racionalidade instrumental, Weber, em sua *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*,⁵ identifica a perda de sentido das tradições e da liberdade nas sociedades modernas. De fato, Weber, visando a “desvendar e explicar a gênese e a peculiaridade do racionalismo ocidental”,⁶ bem como a apontar “o Capitalismo como a realização prática dessa racionalização”,⁷ demonstra, em síntese, que a ética difundida pelo protestantismo ascético, ao impedir a salvação pela fuga do mundo (ascese monástica), promove o desenvolvimento de uma racionalização metódica e regrada da conduta,⁸ orientada pelo princípio da vocação, que propiciará a acumulação do capital e conseqüente crescimento do capitalismo.⁹ E o espírito do capitalismo, visto por Weber

⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 124.

⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 130-131.

⁶ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 30.

⁷ STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas: A desconstrução de uma teoria*, p. 92.

⁸ Pela doutrina calvinista da predestinação, a salvação não se obtém por meios mágicos, pois Deus elege aqueles que serão salvos e aqueles que serão condenados, não podendo o indivíduo alterar seu destino. Embora o protestante não possa conhecer os desígnios de Deus, pode perceber, em sua vida prática, os sinais da salvação (ou provar ser um eleito de Deus) através de sua vocação, de seu trabalho, seu sucesso profissional. Para tanto, imprescindível uma dedicação incansável ao trabalho, que, como meio de glorificar a Deus, deve ser realizado com honestidade e sobriedade. Dessa forma, a ética protestante, ao estimular a atividade laboriosa como vocação e dever, fomentou o racionalismo prático da vida, “valorizando critérios de maior eficiência e desempenho” (MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*, p. 27).

⁹ Explicando a acumulação do capital tão essencial ao desenvolvimento do capitalismo, observa Weber que o ascetismo secular protestante restringiu o consumo, pregando “o uso racional e utilitário da riqueza, desejado por Deus, para suprir as necessidades do indivíduo e da comunidade” e, no que diz respeito à produção da riqueza privada, condenou a desonestidade, a avareza compulsiva e a busca da riqueza como fim em si mesma, “embora sua manutenção como fruto do trabalho na vocação fosse um sinal da benção de Deus. E mesmo mais importante que isso: a avaliação religiosa do trabalho sistemático, incansável e contínuo na vocação secular como o mais elevado meio de ascetismo e, ao mesmo tempo, a mais segura e mais evidente prova de redenção e de genuína fé, deve ter sido a mais poderosa alavanca concebível para a expansão desta atitude diante da vida, que chamamos aqui de espírito do capitalismo. Quando a limitação do consumo é combinada com a liberação das atividades de busca da riqueza, o resultado prático inevitável é óbvio: o acúmulo de capital mediante a compulsão ascética para a poupança. As restrições impostas ao gasto de dinheiro, serviram naturalmente para aumentá-lo, possibilitando o investimento produtivo do capital” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 123-125).

como resultado da visão do trabalho como vocação e do ascetismo laico,¹⁰ nada mais é que “a expressão de um modo de vida baseado na racionalidade instrumental”.¹¹

Esclarece Weber que o ascetismo religioso foi apenas um impulso inicial ao desenvolvimento do capitalismo, o qual, na modernidade, não mais precisa do suporte de qualquer religião. Tendo a razão se desligado de suas origens religiosas, institucionalizando-se como razão instrumental, revelou-se como a causa do aprisionamento do homem em uma “prisão de ferro” e da perda de sentido.¹² Nas palavras do autor:

O puritanismo quis trabalhar no âmbito da vocação; e todos fomos forçados a segui-los. Pois quando o ascetismo foi levado para fora das celas monásticas e introduzido na vida quotidiana e começou a dominar a moralidade laica, desempenhou seu papel na construção da tremenda harmonia da moderna ordem econômica. Esta ordem está hoje ligada às condições técnica e econômica da produção pelas máquinas, que determina a vida de todos os indivíduos nascidos sob este regime com força irresistível, e não apenas os envolvidos diretamente com a aquisição econômica [...]. Na visão de Baxter, o cuidado para com os bens materiais deveria repousar sobre os ‘ombros dos santos como um leve manto, que pode ser atirado de lado a qualquer momento’. Mas o destino quis que o manto se tornasse uma prisão de ferro. Uma vez que o ascetismo se encarregou de remodelar o mundo e nele desenvolver seus ideais, os bens materiais adquiriram um poder crescente e, por fim, inexorável, sobre a vida do homem como em nenhum outro período histórico. Hoje, o espírito do ascetismo religioso, quem sabe se definitivamente, fugiu da prisão. Mas o capitalismo vitorioso, uma vez que repousa em fundamentos mecânicos, não mais precisa de seu suporte. Também o róseo colorido do seu risonho herdeiro, o Iluminismo, parece estar desvanecendo irremediavelmente, e a idéia de dever no âmbito da vocação ronda nossas vidas como o fantasma de crenças religiosas mortas. [...]. Ninguém sabe quem viverá, no futuro, nesta prisão, ou se, no final deste tremendo desenvolvimento surgirão profetas inteiramente novos, ou se haverá um grande ressurgimento de velhas idéias e ideais ou se, no lugar disso tudo, uma petrificação mecanizada ornamentada com um tipo de convulsiva auto-significância. Neste último estágio de desenvolvimento cultural, seus integrantes poderão de fato ser chamados de ‘especialistas sem espírito, sensualistas sem coração; nulidades que imaginam ter atingido um nível de civilização nunca antes alcançado.’¹³

¹⁰ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 113-132.

¹¹ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*, p. 25.

¹² A perda de sentido no pensamento de Weber corresponde ao desencantamento do mundo, ou seja, à profanização das convicções religiosas e metafísicas, passando o mundo racionalizado a ser manipulado pela técnica e pela ciência. E, como a técnica e a ciência não podem dotar a vida de sentido, como o fazia a religião no mundo tradicional, cabe ao homem, na ausência de uma idéia unificadora de mundo, buscar um sentido para a sua vida por si próprio.

¹³ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 130-131.

Assim, Weber, apesar “da dimensão iluminista do seu pensamento, na qual a história revela-se como um progresso”,¹⁴ concebe de modo negativo a modernidade (racionalização).

Especificamente quanto à racionalização da política e da economia, constata Weber sua incompatibilidade com a ética, o que transforma a instrumentalidade (utilitarismo) em único valor. Na modernidade, os meios da política e da economia (poder e dinheiro) tornam-se os fins do agir humano, impossibilitando uma justificativa ética da ação. “Os imperativos da racionalidade instrumental são percebidos pelos indivíduos como externos e coercitivos a eles, determinando a forma como devem viver”.¹⁵

E, quanto ao Direito, assim como a política e economia, também não escapa à racionalização, passando a produzir um sistema de valores próprio, afastando-se, da mesma forma, de uma unidade ético-religiosa tradicional e, portanto, perdendo seu conteúdo moral.¹⁶ Sua legitimidade,¹⁷ para Weber, decorre unicamente da observância do procedimento previamente estabelecido para sua elaboração, ou seja, a legalidade se legitima a partir de si mesma. Daí afirmar que “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”.¹⁸ “Desse modo, Weber interpreta o atrelamento do Direito à Moral como uma possibilidade de perda de sua racionalidade e, por conseguinte,

¹⁴ QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. WEBER. In: ____; ____; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim, Weber*, p. 131.

¹⁵ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*, p. 114.

¹⁶ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*, p. 35.

¹⁷ O problema da legitimidade do Direito (o seu cumprimento e a integração social) refere-se à busca de uma justificativa geral ao uso do poder coercitivo pelo Estado, de um fundamento para a obrigatoriedade do Direito, sendo certo que diversas foram as respostas dadas a essa questão. Para as doutrinas jusfilosóficas (idealismo jurídico, formalismo jurídico, positivismo sociológico), por exemplo, o Direito é algo pronto, eterno e universal, exterior ao sujeito. Assim, para o idealismo jurídico (jusnaturalismo), por exemplo, o Direito positivo é legítimo se e quando estiver de acordo com o Direito Natural – que, na Idade Média, identificava-se com Deus e, a partir do iluminismo, é fruto da razão e da moral. No campo decisório, a interpretação desse Direito Natural fica a cargo do juiz que, solitariamente, com bases em critérios subjetivos, definirá o direito, assumindo os dispositivos legais papel secundário.

¹⁸ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In COHN, Gabriel (org.). *Weber*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1991, p. 128.

como ameaça ao fundamento que legitima a dominação exercida conforme a norma jurídica”.¹⁹ Entendendo que a racionalidade do sistema jurídico é medida pelo seu grau de previsibilidade, Weber identifica o direito racional-formal como a maior expressão do processo de racionalização do direito, além de constituir valiosa conquista contra o autoritarismo.

O processo de racionalização do Direito, na perspectiva de Weber, decorre diretamente da racionalização da política, uma vez que para cada tipo de dominação há um ordenamento jurídico correspondente (o Direito moderno é visto como instrumento (meio) de organização burocrática da dominação); e indiretamente do desenvolvimento do capitalismo, pois um Direito calculável e previsível constitui um dos pressupostos do mercado competitivo.²⁰

É com base na visão pessimista de Weber sobre o processo de racionalização, que desemboca em um mundo totalmente administrado pela monetarização e burocratização crescentes, que Horkheimer e Adorno, em *Dialética do Esclarecimento*, analisando a sociedade tecnológica contemporânea, procuram “descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estágio verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie”.²¹ Partindo de uma análise sobre o itinerário da razão, percebem que, desde o início, o processo de esclarecimento racional esteve atrelado ao desejo do homem de emancipar-se do medo, de dominar a natureza; porém, na modernidade, quando os meios tecnológicos podem dominar totalmente a natureza, “a barbárie que a ela se associava emerge num âmbito em que não era esperada: no da própria *práxis* humana”.²² E a causa de tamanho infortúnio é buscada pelos autores, conforme síntese de Flávio Beno Siebeneichler:

*no próprio progresso da civilização e do esclarecimento burguês que, a partir de F. Bacon se volta para o saber que é técnica e dominação da natureza e dos homens, apoiado no critério da utilidade e da calculabilidade, bem como no ideal de um sistema do qual tudo possa ser deduzido e que, a partir de Kant, formaliza inteiramente a razão humana, destruindo as últimas relíquias da fé do mundo burguês.*²³

Horkheimer e Adorno entendem que, na modernidade tardia, a ciência limitou-se à produção do saber técnico, tornando-se eficaz instrumento de dominação, absorvendo outras esferas de valor, como, por exemplo, a arte, que se tornou vulnerável à indústria

¹⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 66.

²⁰ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*, p. 65.

²¹ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Dialética do esclarecimento*, p. 13.

²² DUARTE, Rodrigo. *Adorno/Horkheimer e a dialética do esclarecimento*, p. 32-33.

²³ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, p. 19.

cultural, transmutando-se em mercadoria.²⁴ Nesta sociedade totalmente administrada, a razão é *instrumental* porque, preocupada apenas com o que é útil à conservação, constrói e aperfeiçoa os meios adequados para a realização de “fins práticos mais próximos [escolhidos pelo sistema], [que] se revelam como o objetivo mais distante finalmente atingido”.²⁵ O próprio homem, como resultado do desenvolvimento técnico, perde seu poder de crítica, desumaniza-se, é reduzido a mero instrumento, estando, assim, concluído o projeto de dominação:

*A naturalização dos homens hoje em dia não é dissociável do progresso social. O aumento da produtividade econômica, que por um lado produz as condições para um mundo mais justo, confere por outro lado ao aparelho técnico e aos grupos sociais que o controlam uma superioridade imensa sobre o resto da população. O indivíduo se vê completamente anulado em face dos poderes econômicos. Ao mesmo tempo, estes elevam o poder da sociedade sobre a natureza a um nível jamais imaginado. Desaparecendo diante do aparelho a que serve, o indivíduo se vê, ao mesmo tempo, melhor do que nunca provido por ele. Numa situação injusta, a impotência e a dirigibilidade da massa aumentam com a quantidade de bens a ela destinados. A elevação do padrão de vida das classes inferiores, materialmente considerável e socialmente lastimável, reflete-se na difusão hipócrita do espírito. Sua verdadeira aspiração é a negação da reificação. Mas ele necessariamente se esvai quando se vê concretizado em um bem cultural e distribuído para fins de consumo. A enxurrada de informações precisas e diversões assépticas desperta e idiotiza as pessoas ao mesmo tempo.*²⁶

²⁴ No texto “Indústria Cultural: O Esclarecimento como Mistificação das Massas”, que compõe a *Dialética do Esclarecimento*, Horkheimer e Adorno procuram demonstrar que a indústria cultural (cinema, rádio, televisão, publicidade, discos etc.) – sucedâneo para a religião – constitui valioso instrumento de garantia da funcionalidade do sistema (gerar lucros e exercer o controle social), uma vez que, de modo uniforme, cria necessidades e impõe comportamentos, impedindo a criatividade e emancipação do indivíduo. Em relação ao cinema e a televisão, ressaltam os autores sua capacidade de criar uma realidade não percebida espontaneamente pelo indivíduo, mas que interessa ao sistema econômico e político: “O mundo inteiro é forçado a passar pelo filtro da indústria cultural. A velha experiência do espectador de cinema, que percebe a rua como um prolongamento do filme que acabou de ver, porque este pretende ele próprio reproduzir rigorosamente o mundo da percepção quotidiana, tornou-se a norma da produção. Quanto maior a perfeição com que suas técnicas duplicam os objetos empíricos, mas fácil se torna hoje obter a ilusão de que o mundo exterior é o prolongamento sem ruptura do mundo que se descobre no filme. Desde a súbita introdução do filme sonoro, a reprodução mecânica pôs-se a inteiro serviço desse projeto. A vida não deve mais, tendencialmente, deixar-se distinguir do filme sonoro. Ultrapassado de longe o teatro de ilusões, o filme não deixa mais à fantasia e ao pensamento dos espectadores nenhuma dimensão na qual estes possam, sem perder o fio, passear e divagar no quadro da obra fílmica permanecendo, no entanto, livres do controle de seus dados exatos, e é assim precisamente que o filme adentra o espectador entregue a ele para se identificar imediatamente com a realidade. Atualmente, a atrofia da imaginação e da espontaneidade do consumidor cultural não precisa ser reduzida a mecanismos psicológicos. Os próprios produtos – e entre eles em primeiro lugar o mais característico, o filme sonoro – paralisam essas capacidades em virtude de sua própria constituição objetiva. [...] A violência da sociedade industrial instalou-se nos homens de uma vez por todas. Os produtos da indústria cultural podem ter a certeza de que até mesmo os distraídos vão consumi-los alertamente. [...] Inevitavelmente, cada manifestação da indústria cultural reproduz as pessoas tais como as modelou a indústria em seu todo. E todos os seus agentes, do ‘produzir’ às associações femininas, velam para que o processo da reprodução simples do espírito não leve à reprodução ampliada.” (HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Dialética do esclarecimento*, p. 118-119).

²⁵ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Dialética do esclarecimento*, p. 52.

²⁶ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Dialética do esclarecimento*, p. 14.

Jürgen Habermas, ainda acreditando na possibilidade de evolução social e emancipação do indivíduo e da espécie humana como um todo, opondo-se à supremacia da racionalidade instrumental, formula, a partir de peculiar análise das teorias dos sociólogos Durkheim, Weber e Parsons, e do psicólogo G. H. Mead, sua Teoria da Ação Comunicativa (ou Teoria do Discurso), que se mostrará factível apenas posteriormente com a elaboração de sua Teoria Discursiva do Direito, como se mostrará a seguir.

2. A crítica de Habermas à razão instrumental

Jürgen Habermas, visando a superar o impasse do paradoxo da modernidade de Weber²⁷, e que é reproduzido por Horkheimer e Adorno, retoma a questão da razão (da relação entre racionalidade e modernidade) sobre nova ótica: opõe à razão instrumental uma razão mais ampla, que se baseia na relação entre sujeitos – a razão comunicativa (razão discursiva). A ação social que se relaciona a tal tipo de racionalidade é a comunicativa, que se orienta não para o sucesso, mas para a compreensão de sentido, para o entendimento e o consenso entre os participantes de um discurso que se realiza em uma “situação ideal de fala”, na qual “não existe nenhum elemento de coação, a não ser a coação do melhor argumento”.²⁸ O consenso, que expressa uma vontade racional, resulta de um processo de aceitação ou negação de pretensões de validade levantadas com o ato de fala proferido pelos atores sociais e que, de modo geral, estão voltadas para a compreensão de fatos do mundo objetivo (pretensão de verdade proposicional), de normas e de instituições sociais (pretensão de justiça) ou da própria noção de subjetividade (pretensão de veracidade ou sinceridade).²⁹ Assim, como esclarece Lúcia

²⁷ Sobre o teor do *paradoxo de Weber* – expressão utilizada por diversos autores, entre os quais Habermas – esclarece o Professor Cláudio Stieltjes: “A *contradição no paradoxo de Weber* consiste no fato de que o processo de racionalização na modernidade, que em princípio deveria conduzir a um processo emancipatório da sociedade e do indivíduo, desemboca, usando a expressão de Albrecht Wellmer, em uma dialética negativa do progresso”, que tem sua expressão em duas conseqüências: “uma perda de sentido da esfera de valor cultural, o que acarreta uma perda de orientação da ação social, e uma desintegração do processo de interação social; uma perda da liberdade, isto é, da autonomia do indivíduo, cuja ação fica completamente subsumida à racionalização de um aparato institucional de caráter burocrático-administrativo” (Jürgen Habermas: a desconstrução de uma teoria, p. 112).

²⁸ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, p. 105.

²⁹ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, p. 66.

Aragão, a única condição para que uma asserção ou ação seja tida por racional é que seja suscetível de criticismo e fundamentação:

Esse critério de racionalidade, de fornecer razões e fundamentos, faz com que o conceito de racionalidade, antes restrito apenas ao aspecto cognitivo-instrumental das realizações humanas, possa ser ampliado, para dar conta das outras formas de expressão do sujeito, que não sejam orientadas meramente pela verdade ou a eficácia. Abrange, assim, as ações normativamente reguladas e as expressões valorativas, tidas como não passíveis de qualquer avaliação objetiva, e relegadas a um puro decisionismo subjetivista. Deste modo, a validade das normas e as manifestações de experiências subjetivas e expressões valorativas podem ser defendidas contra criticismo, e apresentar razões reconhecidas intersubjetivamente, que podem lhes outorgar o predicado racional, e subtrair do plano da subjetividade e do arbítrio as questões que são constitutivas para o fortalecimento de uma vida social.³⁰

Desse modo, ao atribuir racionalidade (possibilidade de entendimento intersubjetivo) a normas e expressões subjetivas, até então relegadas ao arbítrio, Habermas pretende que as decisões sobre questões relevantes da sociedade decorram de discussões nas quais não mais predominem os argumentos de autoridade, as relações de força, que impedem a manifestação livre e igualitária dos atores, possibilitando a manipulação das sociedades contemporâneas.

Na verdade, a razão comunicativa se define processualmente, ou seja, a racionalidade decorre do procedimento através do qual são discutidas as pretensões de validade: serão racionais as proposições “que atendam, ou possam vir a atender, os requisitos racionais da argumentação e da contra-argumentação, da prova e da contraprova, visando um entendimento mútuo entre os participantes”,³¹ e não aquelas que correspondam à verdade objetiva.

Quanto à razão instrumental, Habermas, porém, não a rejeita de forma absoluta, vendo, inclusive, em seu desenvolvimento sobre as sociedades efeitos positivos no que diz respeito à integração sistêmica. Segundo o autor, as sociedades modernas decorrem de um processo de racionalização que culmina em uma diferenciação das sociedades em

³⁰ ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*, p. 128.

³¹ ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*, p. 339.

duas instâncias, que denomina sistema e mundo da vida, ambos exercendo diferentes funções na reprodução da sociedade.

O sistema, responsável pela reprodução material e institucional da sociedade moderna (subsistemas da economia e do Estado), é regido pela razão instrumental que visa ao controle, sendo o agir orientado pelo dinheiro (economia) e pelo poder (estado burocrático), mecanismos que garantem a integração com a dispensa da linguagem e do entendimento mútuo.³²

O mundo vivido, constituído pelas estruturas cultural, social e da personalidade,³³ é responsável pela reprodução simbólica da sociedade (interação). A integração social é garantida pela ação orientada ao entendimento, coordenada pela racionalidade comunicativa. Quanto ao conceito de mundo da vida, pode-se afirmar que se trata de um conjunto cultural a partir do qual os atores sociais criam e compartilham modelos interpretativos.³⁴ Todavia, tais certezas são também passíveis de modificação pela prática da discursividade (ação comunicativa). Sobre este duplo aspecto do mundo da vida, esclarece Lúcia Aragão:

³² Na teoria da ação comunicativa de Habermas, o conceito de sistema é extraído da teoria sistêmica de Parson, sobre a qual o Professor Cláudio Stieltjes fornece os seguintes esclarecimentos: “[...] *para Parson, a interação e a integração social realizam-se através de meios regulativos, tais como o dinheiro e o poder que coordenam a ação social. A sociedade passa a ser concebida, como em toda a teoria funcionalista, na perspectiva de um sistema integrado através de uma rede de ligações funcionais, formadas por processos sociais, que estão além da intencionalidade dos seus membros, num conjunto de mecanismos auto-regulados*” (Jürgen Habermas: a desconstrução de uma teoria, p. 239). Extrai-se, portanto, que os mecanismos do poder e do dinheiro regem a interação nos respectivos subsistemas (Estado e economia) de forma automatizada.

³³ Habermas assim define tais estruturas: “*Para mim, cultura é o armazém de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que se entendem mutuamente sobre algo. A sociedade compõe-se de ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais e garantem solidariedade. Conto entre as estruturas da personalidade todos os motivos e habilidades que colocam um sujeito em condições de falar e de agir, bem como de garantir sua identidade própria*” (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 96).

³⁴ Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t I, p. 40: “[...] *o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que sempre foi familiar. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos*”.

[...] Habermas se utiliza de uma dupla caracterização do mundo vital, a transcendental e a empírica, a formal e a contextual. Ao conceito transcendental de mundo vital enquanto pano-de-fundo das práticas comunicativas, enquanto sua condição de possibilidade, dotado de um sentido anterior aos participantes de comunicação – em suma, enquanto totalidade não objetivável – ele acrescenta o seu contraposto empírico, a saber, o mundo da vida enquanto resultado da prática comunicativa realizada nas interações entre participantes de um mesmo mundo vital, e que pode vir a modificar aquele sentido pré-estabelecido. Sob essa segunda perspectiva, ele não pode ser objetivado enquanto totalidade, mas apenas tematizado em seus elementos individuais, analisado através de seus componentes estruturais. [...]. Em resumo, ao conceito transcendental de mundo da vida correspondem três estruturas formadoras essenciais: cultura, personalidade e sociedade – que são seus componentes invariantes, atemporais. Por outro lado, ao conceito de mundo vital empírico correspondem os conteúdos particulares específicos a uma forma de cultura, um tipo de sociedade, e uma estrutura da personalidade – variáveis temporal e historicamente. Ou ainda, dito de outra forma, as estruturas são invariantes, mas os conteúdos passíveis de validade discursiva em cada uma dessas estruturas são histórica e socialmente condicionados. Se estes conteúdos fossem fixos, pré-determinados, não haveria espaço para a aprendizagem e não haveria evolução.³⁵

Dessa forma, pode-se afirmar que é a possibilidade sempre presente de crítica e de modificação dos conteúdos de cada estrutura (cultura, sociedade e personalidade) que garante a aprendizagem e evolução (desenvolvimento da razão reflexiva).

Como se percebe, na visão de Habermas, embora Weber esteja correto em sua análise dos processos de modernização da economia e do Estado – os quais levam à perda da liberdade (burocratização) -, equivocou-se ao identificar a racionalização das esferas de valor (que para Habermas compõe o mundo da vida) à institucionalização da razão instrumental,³⁶ pois a burocratização e monetarização não implicam na eliminação

³⁵ ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*, p. 48-49.

³⁶ Neste ponto, segundo Habermas, reside o equívoco de Weber, o qual não percebeu que a racionalização da cultura possibilitou o aumento da autonomia do homem, e não a perda de sentido. Nesse sentido, esclarece Rouanet: “Segundo Habermas, esse modelo de racionalidade comunicativa só se tornou possível com o advento da modernidade. Nas sociedades tradicionais, não era possível tomar posição clara de aceitação ou recusa das diferentes pretensões de validade, porque as três esferas – a objetiva, a social e a subjetiva – se interpenetravam, convivendo simbioticamente num todo indiferenciado, dominado pela religião. Ora, Max Weber mostrou que na passagem para a modernidade começaram a diferenciar-se ‘esferas de valor’ que correspondem aproximadamente a esses três mundos: a ciência, vinculada ao mundo da verdade factual, a moral, vinculada ao mundo social das normas, e a arte, vinculada ao mundo subjetivo. Somente com esse processo de diferenciação puderam surgir pretensões de validade especializadas, com relação aos quais os sujeitos pudessem dizer sim ou não. Nesse momento, o indivíduo adquire pela primeira vez condições de agir autonomamente, sem o peso inibidor da religião e da autoridade, secular ou religiosa: as ações passaram a ser coordenadas segundo os critérios de racionalidade inerentes ao processo comunicativo, e não mais segundo determinações

absoluta de uma racionalidade intencional fundada sobre valores, constituindo apenas “um efeito do desmembramento entre sistema e mundo vital”.³⁷ À propósito, é nas relações entre sistema e mundo da vida, ambos essenciais para a reprodução social, que Habermas encontra resposta para o paradoxo weberiano.

Com efeito, para o autor, a crise das sociedades modernas encontra fundamento na *colonização do mundo da vida pelo sistema*, ou seja, os mecanismos de integração sistêmica – o controle pelos mecanismos automáticos (funcionais) do dinheiro e do poder do Estado – passam a predominar sobre a reprodução simbólica – conduzida pela prática do entendimento – do mundo da vida. Desse modo, “o processo de autodestruição do homem”,³⁸ de que tratam Horkheimer e Adorno, passa a ser explicado como produto social da introdução no mundo vital de orientações por valores (aqueles que coordenam os sistemas político e econômico) que escapam a seu funcionamento comunicativo.

Todavia, Habermas, não acreditando que haja uma tendência implacável a uma burocratização e monetarização sempre crescentes das relações sociais, advoga a necessidade de expulsão da razão instrumental, que atua pelos *media* do dinheiro e do poder, do mundo vivido, de forma a possibilitar a reprodução material e cultural da sociedade e a integração social a partir do desenvolvimento da competência comunicativa, inclusive nos subsistemas econômico e político.

Em resumo, para Habermas, as patologias sociais da modernidade encontrariam solução não só a partir do predomínio da razão comunicativa no mundo da vida (mundo social e subjetivo), mas também por sua atuação na livre escolha dos fins do sistema, ou

heterônomas. Foi esse o enorme benefício derivado da racionalização cultural, iniciado com a modernidade” (ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*, p. 339-340).

³⁷ ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*, p. 164.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *O Discurso filosófico da modernidade*, p. 153.

seja, impõe-se “que a razão comunicativa elabore coletivamente os espaços de atuação da razão instrumental”.³⁹

E é no Direito que Habermas deposita sua esperança de ver a ação comunicativa (discursiva) prevalecer sobre a ação teleológica (abandonando, assim, sua tese inicial de que tal tarefa somente poderia ser empreendida pelos movimentos sociais atuantes na sociedade civil), como se vê em sua obra da maturidade, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, cujos aspectos que se apresentam relevantes ao presente trabalho serão sinteticamente abordados no item seguinte.

2.1 A teoria discursiva do direito: a escolha dos fins

Habermas, diferente de Weber, não vê o Direito como simples instrumento de controle social, ou técnica a favor de diferentes formas de dominação.⁴⁰ Ao contrário, é no Direito que Habermas vislumbra a possibilidade de tornar exeqüível sua Teoria da Ação Comunicativa. Assim, traça a sua teoria discursiva do direito após abandonar a noção de “uma norma de ação comunicativa vista como imanente à própria fala que, supostamente, capacitaria os participantes a chegar a um consenso”,⁴¹ e perceber que,

³⁹ FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*, p. 170.

⁴⁰ Habermas, por ocasião de sua Teoria da Ação Comunicativa, concebia o direito como “meio” e como “instituição”. No primeiro caso, destinaria-se a “organizar e controlar o Estado e a Economia” e, como tal, poderia ser justificado meramente pelo procedimento formal, conforme a concepção weberiana. Já o direito como instituição diria respeito àquelas matérias que guardam certa proximidade com a moral (e, assim, referentes ao mundo da vida) e, em consequência, as normas respectivas deveriam ser legitimadas formal e materialmente e cumpririam um papel apenas regulativo. “Isto porque as instituições jurídicas, na medida em que se apresentam conectadas ao mundo da vida, encontram-se num âmbito político-cultural e social, guardando, assim, uma relação de continuidade das normas éticas pelo fato de que são institucionalizadas através da sanção estatal aquilo que anteriormente já se encontrava informalmente constituído” (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*, p. 191).

⁴¹ Essa crítica a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas é de Wellbery, segundo noticia Michel Peters: “A retórica de Habermas (1981), pode-se argumentar, esconde as reais diferenças filosóficas entre ele e os pós-estruturalistas franceses, a qual diz respeito ao tema do discurso e aos pressupostos últimos sobre a natureza da própria linguagem. Wellbery argumenta que a visão pós-estruturalista da linguagem ou do discurso está em oposição radical ao ideal de Habermas, de uma norma de ação comunicativa, vista como imanente à própria fala e que, supostamente, capacitaria os participantes a chegar a um consenso sem qualquer distorção ou sem qualquer constrangimento externo. Wellbery (1985, p. 233) sustenta que todos os filósofos pós-modernos ‘rejeitam o sonho de uma linguagem inocente’ e contrastam a visão modernista, universalista de Habermas, de uma esfera da comunicação

em sociedades complexas, desencantadas e plurais (nas quais a integração não mais pode decorrer de uma noção comum do sagrado ou da autoridade do costume), o direito é fonte primária de integração social à medida que possibilita a eliminação “das fronteiras que colocam os sujeitos de direito como meros espectadores da jornada jurídico-política”.⁴²

Segundo Habermas, é através do processo legislativo que o direito exerce sua função de integração social, sendo, pois, necessário supor que, os que nele participam “*saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada*”.⁴³ Mas, a condição de legitimidade do processo legislativo repousa no tipo de processo, ou seja, na existência de direitos de comunicação e direitos de participação política, cuja observância garantirá a positivação de um direito que não resulta de um poder arbitrário ou autoritário, mas “*de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos*”.⁴⁴ Os indivíduos, portanto, passam a ser também autores das normas jurídicas, e não apenas seus destinatários. Logo, a “comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social [que se constitui em um ato de vontade no qual se baseia a validade das normas], mas na base de um entendimento obtido através do discurso”.⁴⁵

Evidencia-se, assim, a ligação entre direito, democracia e moral.

De fato, a idéia democrática de autolegislação (autonomia jurídica do cidadão) rompe – por absoluta contradição - com a noção de que o direito positivo deve subordinar-se ao direito moral superior eternamente válido (direito natural fundado na

‘sem ruídos’, plenamente transparente, com a da linguagem e do discurso desenvolvida pelos pós-estruturalistas franceses – uma visão que investiga as opacidades inerentes à linguagem e sustenta que o consenso só pode ser estabelecido com base em atos de exclusão” (PETERS, Michael, *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*, p. 76).

⁴² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 126.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 52.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 54.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, t. II, p.309.

religião ou na metafísica). Em sociedades pluralistas e divididas em diferentes concepções de vida boa e bem, a razão comunicativa substituiu a razão prática e a razão instrumental determinando um novo modo de relação entre o direito e a moral: de co-originariedade e, quanto ao modo de proceder, de complementaridade, o que vai garantir neutralidade normativa imediata para o direito.

Explica-se: a razão comunicativa, por visar ao entendimento através do *medium* lingüístico, não está ligada a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico,⁴⁶ e, portanto, ao contrário da razão prática,⁴⁷ não se constitui em fontes de normas de agir,⁴⁸ ou seja, não é imediatamente prática (“não diz aos sujeitos o que devem fazer diante de circunstâncias que exijam decisão”). Na razão comunicativa a normatividade é posterior, somente ocorrendo após ser fixada por um consenso discursivamente estabelecido. Esclarece Habermas que a razão comunicativa,

*[...] possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade. A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo.*⁴⁹

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 20.

⁴⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 139-140: “A modernidade realizou, através do conceito de subjetividade, a união entre dois conceitos distintos: razão prática e filosofia do sujeito. Com esse amálgama, a razão prática passa a ser uma faculdade subjetiva, uma titularidade de indivíduos autônomos que passam a ter um lugar historicamente específico e a determinar a configuração de sua vida e de seu mundo. Assim, a razão prática funciona como uma esfera legislativa à medida que fornece ao indivíduo normas para o agir. Em Kant não é outra a figura do imperativo categórico. Como razão que se faz imediatamente legisladora, a razão prática submete de modo imediato a vontade. Ora, essa faculdade legisladora da razão prática acoplou o normativismo, proveniente dessa última, a uma descrição da ordem social e política tida como correta. Assim, de uma faculdade que se pretendia normativa apenas para a figura de sujeitos concretos, essa normatividade, guardada o aspecto solipsista de sua formulação, assume as rédeas da história e da ordem social. Esse é o quadro conceitual que permite interpretar tanto o normativismo de uma razão que orientava o indivíduo em seu agir quanto o normativismo do Direito natural racional na descrição da ordem social e política [...]”.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 20.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 21.

Assim, na teoria reconstrutiva da sociedade de Habermas, o conceito clássico de razão prática (razão prática kantiana e hegeliana) não mais pode atuar como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral.⁵⁰ Neste contexto modificado pela razão comunicativa, o direito e a moral encontram fundamentação no princípio do discurso deontologicamente neutro, pelo qual “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.⁵¹ É exatamente em razão dessa neutralidade deontológica do princípio do discurso, que Habermas passa a falar em co-originariedade entre normas morais e normas jurídicas, o que significa que uma não é legisladora para a outra.⁵² Logo, não se pode mais buscar a fundamentação do direito na moral, inexistindo um modelo a ser seguido pelo ordenamento jurídico. Deste modo, a teoria discursiva do direito, por não se vincular a modelos estabelecidos, mas “à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente”,⁵³ não assume nenhuma concepção acerca do conceito de bem, não privilegiando um direito formal (Estado liberal) ou material (Estado Social). De acordo com Habermas:

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 21.

⁵¹ Habermas assim explica os conceitos insertos na formulação do princípio do discurso: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 142).

⁵² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 148.

⁵³ MOREIRA, Luiz. *Direito, procedimento e racionalidade*. In: Moreira, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas*, 189.

*determinadas circunstâncias históricas não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.*⁵⁴

Para a teoria discursiva do direito, porém, a moral e o direito, embora originem-se concomitantemente, no modo de proceder relacionam-se de forma complementar. Isto porque a moral, sendo apenas um sistema de saber, não obriga a vontade, ou seja, não obriga o sujeito a agir conforme a regra moral.⁵⁵ Este déficit é preenchido pelo direito que, sendo um sistema de saber e também um sistema de ação, pode instituir sanções para proibir as condutas desviantes.⁵⁶ Mas esta relação de complementaridade, que se dá por meio de um procedimento, não implica em uma neutralidade moral do direito,

*Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito.*⁵⁷

Assim, pode-se afirmar, com Habermas, que o fato de serem encontrados elementos morais no direito espelha apenas que, por meio do processo legislativo, “certos conteúdos morais [foram] traduzidos para o código do direito e revestidos com

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. II, p. 189-190.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 149: “A moral da razão, sublimada na forma de um saber, passa a ser representada no plano cultural como qualquer outra forma de saber; inicialmente, ele existe apenas como um conteúdo significativo de símbolos culturais, que podem ser entendidos e interpretados, transmitidos e desenvolvidos criticamente [...] A moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos próprios atores motivados. Estes precisam estar dispostos a agir conscientemente”.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 150: “O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação”.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. II, p. 313.

um outro modo de validade”.⁵⁸ Daí concluir Maciel “que a aplicação de normas morais, no âmbito da ética do discurso, termina por conduzir a uma discussão sobre a aplicação de normas no direito”.⁵⁹

Para que possa legitimar a produção democrática de direitos, o princípio do discurso, “à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral”,⁶⁰ deve assumir a forma jurídica, transformando-se em princípio da democracia, pelo qual “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”.⁶¹ Esclarece Habermas:

*[...] o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.*⁶²

Dessa forma, Habermas põe fim à controvérsia entre liberais e comunitaristas, os quais pressupõem uma relação de concorrência entre direitos humanos (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública). De fato, para o autor, a autonomia privada e a autonomia pública nascem simultaneamente, são igualmente relevantes, não

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 256.

⁵⁹ MACIEL, Gabriel de Deus. Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 46.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 159. Segundo Habermas, tanto o princípio da moral (U) como o princípio da democracia (De) constituem modos de operacionalização do princípio do discurso.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 145.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 158.

havendo sobreposição de uma em relação à outra. Tal concepção decorre da idéia de autolegislação, pois são os cidadãos também autores do direito, e não meros destinatários de certos direitos fundamentais ou de programas políticos (prestações sociais).⁶³

Todavia, a existência da sociedade democrática, que pressupõe a conexão entre autonomia privada e autonomia pública (o que permite seja o direito entendido como emanção da vontade discursiva dos cidadãos), requer o reconhecimento, pelos cidadãos, de um sistema de direitos que, segundo Habermas, é composto por cinco diferentes categorias:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.

5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).⁶⁴

Os direitos fundamentais elencados de (1) a (3) são aqueles que garantem o exercício da autonomia privada dos sujeitos, possibilitando-lhes a compreensão de que

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 138-139: “As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de forma não reduzida no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, t. I, p. 159-160.

são destinatários das normas jurídicas. Já os direitos fundamentais indicados em (4) são aqueles necessários para que “os sujeitos dos direitos assum[a]m também o papel de autores de sua ordem jurídica”.⁶⁵

A gênese democrática da totalidade desses direitos fundamentais somente se torna possível quando o princípio do discurso se transforma em princípio da democracia, ou seja, quando se torna “mecanismo para a produção de direito legítimo”.⁶⁶ E esta passagem se verifica a partir da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito, o qual consiste, segundo Habermas, nos pressupostos comunicativos e procedimentos de um processo de formação democrática da opinião e da vontade:

*[...] À luz desse princípio do discurso, os sujeitos examinam quais são os direitos que eles deveriam conceder uns aos outros. Enquanto sujeitos do direito, eles têm que ancorar esta prática da autolegislação no medium do próprio direito; eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso.*⁶⁷

E a “suposição de que o resultado da formação política da opinião e da vontade são racionais”⁶⁸ e válidos justifica-se exatamente a partir da existência, no procedimento, de condições que afastem as decisões arbitrárias, fazendo prevalecer a força do melhor argumento. Daí afirmar Habermas “que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação da vontade são a única fonte de legitimação”.⁶⁹

Mas as normas que decorrem desse processo de formação democrática da vontade são sempre passíveis de questionamentos, somente se tornando concretamente válidas (legítimas) quando se oferecem à discursividade.⁷⁰ Nessas condições, a força do

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 159.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t. I, p. 158.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t., II, p. 319.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t., II, p. 316.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, t., II, p. 310.

⁷⁰ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 181: “[...] Nesse passo, o acerto de Habermas é primoroso quando legitima a pretensão de validade normativa da legalidade democrática na

direito (integração social) não estará na ameaça de sanção, mas na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos estatais⁷¹ (legislativos, administrativos e judiciais).

Assim sendo, Habermas, com sua teoria discursiva do direito, possibilita a reflexão (possibilidade de críticas) sobre as normas (legislativas, administrativas e judiciais) a serem obedecidas, viabilizando um combate à dominação tão lamentada por Horkheimer e Adorno (à medida que possibilita ao indivíduo decidir sobre seu próprio destino), bem como a transformação da realidade social. O direito, então, abandona o papel de meio estratégico de legitimação da dominação (concepção weberiana), assumindo, a partir da institucionalização das condições comunicativas para a formação da vontade política racional, a função de integração social legítima (união entre mundo da vida e sistema, entre razão discursiva e razão instrumental), uma vez que permite o controle das tendências patológicas – monetarização e burocratização – ao reverter o predomínio da razão funcionalista (instrumental) na política e na economia, permitindo aos cidadãos a escolha e busca dos últimos fins do sistema.

Diante do que se expôs, embora Habermas responda adequadamente à questão da legitimidade do direito no Estado Democrático, não esclarece como se dá a institucionalização jurídica do princípio do discurso (racionalidade discursiva) de forma a possibilitar a sua transformação em princípio da democracia; ou melhor, não especifica quais são as condições essenciais aos procedimentos de formação da vontade e da opinião políticas para que sejam evitadas as decisões (legislativas, administrativas e judiciais) arbitrárias, fazendo prevalecer a força do melhor argumento.

Entende-se, porém, que tal omissão só poderia ser suprida por uma teoria do processo adequada ao paradigma constitucional de Direito Democrático; uma teoria que

oportunidade incessante e irrestrita de correção procedimental unificadora dos âmbitos de produção e aplicação do direito nas democracias”.

⁷¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 97.

estruture um espaço discursivo (espaço de testabilidade intersubjetiva de pretensões de validade) apropriado ao exercício dos direitos fundamentais de participação (soberania popular) na criação, fiscalização e aplicação do direito, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho.

De qualquer modo, o que importa fixar desde já é que uma teoria processual que preencha os rígidos pressupostos e condições de comunicação da teoria discursiva do direito, jamais pode conceber o processo, no que diz respeito à interpretação e aplicação do direito, como instrumento a serviço da jurisdição.⁷² Isso porque o processo rompeu com a mera razão instrumental para estabelecer a crítica sobre da linguagem jurídica, viabilizando a construção de um conceito racional e jurídico de legitimidade. No paradigma do Estado Democrático de Direito, também a jurisdição não pode mais ser analisada no quadro de uma teoria do poder (exercício da violência), como atividade do juiz ou de qualquer agente estatal. Pretende-se, a seguir, desenvolver uma análise do Processo e da Jurisdição, e da relação que se estabelece entre ambos para saber de seus impactos teóricos na reconstrução de um direito que se abra à sua própria fiscalização pelos conteúdos de sua construtividade conforme atualmente esperado.

⁷² Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 95.

CAPÍTULO II

TECNOLOGIA DA JURISDIÇÃO

3. O processo a partir de Bülow: o processo concebido como técnica da jurisdição

O jurista alemão Oskar von Bülow, romanista, em sua obra intitulada *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*, conceitua o processo como relação jurídica de direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre as partes, juiz, autor e réu, e que se diferencia da relação jurídica material pela exigência de configuração dos pressupostos processuais, requisitos de admissibilidade e condições prévias para a tramitação de toda relação jurídica processual. Tratar-se-ia de relação jurídica de direito público porque formada com a participação direta de servidores estatais, sendo as “partes levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial”⁷³ (tradução livre). Essa relação jurídica processual, segundo Bülow, é a própria essência do processo.

Embora Bülow deixe claro em sua obra⁷⁴ que buscou inspiração na máxima de Bulgaro (jurista italiano do século XII): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu), e na obra de Bethamann-Hollweg (*Der Civilprozess Rechts in Geschichtlicher Entwicklung, 1864-1874* - “O processo civil do direito comum em seu desenvolvimento histórico”),⁷⁵

⁷³ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.2: “[...] desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las torna en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”.

⁷⁴ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.1, nota 1 e p. 3, nota 3.

⁷⁵ Segundo observa Bülow, nesta obra, Bethamann-Holweg, embora sem maiores esclarecimentos, afirma que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas (BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.1, nota 1).

não resta dúvida de que foi também fortemente influenciado pelas teses de Bernhard Windscheid, que em obra publicada em 1856, - *Die Actio des römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts* (“A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil”), possibilitou a conciliação de uma determinada noção de direito subjetivo (prerrogativa sobre a conduta alheia) com a de processo,⁷⁶ restando, portanto, a Bülow, apenas a estruturação da teoria da relação processual.

A teoria desenvolvida por Bülow encontra suas bases na idéia de subordinação de um dos sujeitos da relação jurídica processual ao outro, idéia esta compatível com as construções do direito privado da época, marcadas por concepções individualistas.⁷⁷

Com efeito, é o direito subjetivo - conceituado pelos individualistas como poder sobre a conduta alheia -, o sustentáculo da teoria estruturada por Bülow, sendo certo que tal conceito, com Windscheid (1856), deu origem ao de relação jurídica, entendida como vínculo normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. Esta noção de relação jurídica, estreitamente ligada à idéia de dominação e opressão que vai marcar a forma de organização das relações sociais e humanas da época,⁷⁸ quando transposta para o campo processual, é inovada com a chegada do Estado para ocupar o pólo passivo da relação jurídica processual, mas mantém sua característica essencial: o vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo, o qual se mantém ainda que se considere a relação processual triangular (Wach)⁷⁹, angular (Planck e Hellwig)⁸⁰ ou linear (Köhler)⁸¹.

⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 71.

⁷⁷ A concepção do direito como relação jurídica foi dominante no século XIX europeu e constituiu a idéia matriz do movimento cultural conhecido como pandetística germânica.

⁷⁸ João Baptista Vilella, citado por GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 78.

⁷⁹ Adolf Wach entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, graficamente representada como triangular.

⁸⁰ Pelo sistema concebido por Planck e Hellwig, as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo, portanto, uma relação exclusivamente de direito público e angular.

⁸¹ Josef Köhler afirmou que a relação processual seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, em uma perspectiva linear (autor-réu).

Quanto à distinção entre processo e procedimento, embora se perceba que Bülow empregou esforços para estabelecê-la, acabou por apresentar tais institutos como um único fenômeno.

De fato, para Bülow, na noção de processo inclui-se o procedimento (*aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual*)⁸² e a relação jurídica processual (*Se podría, segun el viejo uso, hacer predominar aún el procedimiento en la definición del proceso, si no se descuidara mostrar la relación procesal como la otra parte de la noción*)⁸³, sendo possível afirmar-se, portanto, que o procedimento advém do processo.

No que diz respeito aos pressupostos processuais (elementos constitutivos da relação processual), Bülow os define como sendo aqueles requisitos imprescindíveis ao nascimento da relação processual e que englobam os requisitos de admissibilidade e as exigências prévias para que se efetive a relação processual inteira. Dizem respeito às pessoas, ao objeto (litígio), ao fato ou ato gerador (atos necessários à formação da relação processual), à capacidade e legitimação para praticar tais atos, estando, pois, relacionados às prescrições legais sobre:

- 1) *la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes (persona legitima standi in iudicio [persona legítima para estar en juicio]) y la legitimación de su representante,*
- 2) *las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil,*
- 3) *la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales,*
- 4) *el orden entre varios procesos.*"⁸⁴

Qualquer falha a respeito desses elementos impede o aparecimento do processo.

Mostra o processualista alemão que o juiz, antes de julgar o mérito, deve verificar se estão presentes os requisitos de existência do processo. Ele deve pronunciar-

⁸² BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.3.

⁸³ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.4.

⁸⁴ BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*, p. 5.

se não apenas sobre a *res in iudicium deducta*, mas também sobre o próprio *iudicium*. Este dualismo do material que se discute no processo leva à divisão do processo em dois segmentos: um dedicado à pesquisa da relação material litigiosa; e outro à verificação dos pressupostos processuais. É o que ocorria no processo civil romano, no qual antecedia ao procedimento *in iudicium* (dedicado à apuração e decisão sobre a questão de mérito) um procedimento preparatório destinado unicamente à verificação da relação processual (*ad constituendum iudicium*).

Bülow procura demonstrar a importância da consideração dos pressupostos processuais para a solução dos problemas que surgem quanto ao ônus da prova (no procedimento preparatório) e no concernente às nulidades. Critica que, em seu tempo, as questões referentes ao que denomina pressupostos processuais eram tratadas juntamente com outras matérias que não podem ser consideradas requisitos de realização do processo, e sob a inadequada roupagem das exceções dilatórias processuais, o que oculta a sua verdadeira função.⁸⁵

Assim, descrevendo o direito de seu tempo, afirma que eram admitidas dois tipos de exceções dilatórias: aquelas referentes ao mérito (por exemplo, as *exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non adimpleti contractus, excussionis*); e as concernentes à maneira de proceder “(*exceptiones declinatoriae iudicii [excepciones declinatorias (o desviadoras) del juicio]*), *excepciones [Einreden] dilatórias procesales, objeciones [Einwendungen] procesales*”.⁸⁶ Estas eram as chamadas exceções dilatórias processuais e diziam respeito aos pressupostos processuais enumerados pelo autor, uma vez que se relacionavam:

1 – às pessoas do processo: as *exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti; deficientis personae standi in iudicio; procuratória vel deficientis legitimationis ad processu, deficientis tutoris vel syndicatus* (exceção de incompetência do foro, de prevenção, do juiz

⁸⁵ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p.8-13.

⁸⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 12.

inabilitado ou suspeito; exceção de falta de personalidade para estar em juízo; exceção procuratória ou de falta de legitimação para o processo, de falta de tutor ou síndico);

2 – à matéria do processo em si: a *exceptio non rite formati processus* (exceção de processo não ritualmente formado);

3 – à proposição da demanda, a sua comunicação e à prestação de caução: as *exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandade cautionis pro expensis vel pro reconcentione* (exceção de libelo obscuro ou inepto, de prazo demasiado estreito, de lugar inseguro, de caução que deve prestar-se pelas custas ou pela reconvenção);

4 – à ordem consecutiva dos processos: as *exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* (exceção prejudicial, de conexão de causas, de intempestividade) etc (tradução livre).⁸⁷

Adverte o autor que o trato de tais matérias na teoria das exceções, ao lado daqueles temas referentes ao mérito, é inadequado, pois, entre outras razões, implica em admitir-se que um único instituto jurídico cuide de matérias com características extremamente distintas. Não é por outra razão, observa Bülow, *que se tem excluído, no caso das exceções ditas processuais, a aplicação de princípios próprios ao instituto das exceções*,⁸⁸ *bem como se tem, injustamente e por desconhecimento, criticado o direito romano*. Na verdade, acredita o processualista que todo o sistema das exceções processuais existente em sua época decorre de equivocadas interpretações do direito romano, onde não existiam exceções processuais, sendo todas as exceções, inclusive as dilatórias, de direito material.⁸⁹

Desse modo, o objeto das construções do processualista consistirá na demonstração de que cada uma das exceções romanas apontadas pelos estudiosos – entre os quais Savigny e Benthon-Hillweg - como processuais (a *exceptio procuratoria e cognitoria*, a *exceptio litis dividuae e rei residuae*; a *exceptio fori*; a *exceptio praejudicii*) – e que seriam o fundamento das exceções dilatórias processuais de sua época - pertenciam ao próprio direito litigioso, sendo certo que as denominadas *exceptio*

⁸⁷ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 12-13.

⁸⁸ Entre os quais, o princípio do caráter privado do direito de exceção, direito submetido à livre disposição.

⁸⁹ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 16-17, 256-257.

fori, e exceptio praejudicii ali nunca existiram. Surpreende-se Bülow que um conceito jurídico de acentuada amplitude – exceções processuais - tenha sido construído sobre fundamentos que considera extremamente enganosos.⁹⁰

A partir das aludidas análises (o autor analisa cuidadosamente cada uma das exceções citadas), Bülow aponta as numerosas conseqüências que resultam da supressão da teoria das exceções processuais para o direito romano e o direito alemão de sua época.

Com efeito, para o autor, tendo restado demonstrado que o conceito dual de exceções dilatórias processuais e substanciais é estranho ao direito romano, aceita-se, com tranqüilidade, que as exceções dilatórias (limitação temporária do direito do autor) e peremptórias (limitação permanente do direito do autor) tenham sido tratadas com uniformidade pelos romanos, afastando-se, deste modo, as críticas (segundo o autor, impertinentes) formuladas pelos estudiosos defensores das exceções processuais.⁹¹

De outro lado, eliminada a teoria das exceções processuais, evitam-se as transgressões, comuns em sua época, aos princípios inerentes ao instituto das exceções, como, por exemplo, o que ocorre no trato da chamada *exceptio praejudicii* (que não existiram no direito romano), que devem ser consideradas de ofício, ainda que não opostas pelo demandado, em clara ofensa ao princípio do caráter privado do direito de exceção.⁹²

Outro mal a ser eliminado com o fim da teoria das exceções processuais está relacionado à fase processual em que deveria se dar, no direito romano, a prova da exceção.

⁹⁰ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.*, p. 28-30, 230-231.

⁹¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.*, p. 233, 257-259.

⁹² BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.*, p. 260-261.

Esclarece Bülow⁹³ que as exceções eram concedidas, exatamente como as ações, por meio da fórmula e, portanto, apenas após a litiscontestação, já ao final do procedimento *in judicio*, iam a exame e prova, o que justifica a regra da L. 19 C. *de probation.*, 4, 19 (Dioclet. Et Maxim.): *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, “probari vero postquam actor – monstraverit, quod asseverat, oportet”* (a exceção dilatória deve ser oposta ao começo, mas deve ser provada depois que o autor tenha demonstrado o que assevera). Tal passagem, narra o autor, pareceu absurda aos defensores da teoria das exceções processuais, uma vez que se lhes afigurava insensato colocar “*al final del proceso el debate de la cuestión de que dependía su procedencia y validez*”.⁹⁴ Assim, tais estudiosos recorreram a interpretação restritiva da L. 19 C. *de probat.*, estabelecendo que a regra não incluía as *exceptiones dilatoriae iudicii*. Agora, arremata Bülow, estabelecido que todas as exceções dilatórias são materiais, “*no ofresce el menor inconveniente la invocada L. 19.*”.⁹⁵

Da índole material das exceções no processo romano decorre, ainda, que o efeito de sua prova equivalerá sempre a uma sentença sobre o direito litigioso; “*si el actor pierde, el demandado es absuelto*”.⁹⁶ Isto não significa, esclarece o processualista, não tivessem os romanos atentado para o conteúdo das exceções chamadas processuais no direito alemão. Esta matéria era por eles abordada no procedimento “*in iure*” – que antecede ao procedimento *in judicio* do qual resultava uma sentença de mérito - e não como conteúdo de qualquer exceção, sendo certo que a verificação de qualquer violação a normas processuais levava a *denegare actionem*. Em consequência, conclui Bülow, injustificável também a interpretação restritiva que se deu à regra do direito romano de que a análise de uma exceção necessariamente levaria a um julgamento de mérito, para entendê-la inaplicável às chamadas exceções dilatórias processuais, caso em que a

⁹³ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 261-265.

⁹⁴ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 262.

⁹⁵ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 265.

⁹⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 266.

decisão que as acolhesse implicaria em uma *absolutio ab instantia*. Ainda em relação à sentença que, no direito romano, acolhia uma exceção dilatória-temporal⁹⁷ pode-se, falar, segundo Bülow, em decisão de mérito, embora tivesse sua eficácia limitada no tempo.⁹⁸

Sobre o citado procedimento judicial romano, Bülow esclarece que ele era dividido em dois estágios: o procedimento preparatório (*in jure*) e o principal (*in judicio*). Os pressupostos processuais pertenciam exclusivamente ao procedimento *in jure*, onde eram discutidos, provados e resolvidos definitivamente.⁹⁹ Comprovada a existência dos pressupostos processuais, admitia-se o processo (*actionis datio, constitutio judicii, litis contestatio*); caso contrário, verificado qualquer defeito, era dado um decreto pelo qual se declarava que o processo não estava em condição de iniciar-se, “*ni el reo en la obligación de someterse al mismo*” (*denegare actionem, judicium accipere non cogi*).¹⁰⁰ O verdadeiro objetivo do procedimento preparatório, entende o autor, consistia na *constitutio judicii*, na determinação segura da relação processual, e não apenas na determinação da *actio*, com a fixação da fórmula correspondente à demanda. Já ao procedimento *in judicio* restava apenas a discussão e resolução da relação litigiosa material. Com tal distinção,¹⁰¹ acredita Bülow ter demonstrado o equívoco divulgado pela teoria das exceções processuais ao defender que, no

⁹⁷ Por tal exceção buscava o devedor provar que a dívida demandada ainda não estava vencida. Neste ponto critica Bülow a interpretação, a seu ver equivocada, que os adeptos da teoria das exceções processuais deram a prescrição de Justiniano, § 10 J. *de exc.*, 4, 13, retirando daí a conclusão de que o acolhimento da aludida exceção levaria a *absolutio ab instantia*. A regra em comento, esclareça-se, estabelecia que o autor que perdeu a demanda devido ao acolhimento de uma exceção dilatória-temporal somente poderia reiniciá-la após reembolsar ao devedor os gastos efetuados com a demanda anterior, bem como após decorrido o dobro do prazo original que tinha o devedor para pagar a dívida. Para Bülow, a sentença, no caso, é de mérito, uma vez que o reconhecimento de um defeito do direito litigioso (dívida não vencida) não equivale ao reconhecimento de uma lesão a um preceito de direito processual.

⁹⁸ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 265-276.

⁹⁹ Esclarece Bülow que a necessidade de alegação e prova dependia da natureza absoluta ou relativa da regra processual em discussão, sendo que “*en la mayoría de los casos una parte muy grande de los presupuestos procesales se considerava ex officio*, sendo absolutamente enganosa a idéia de que eles constituíam o material de exceções *defensiones* ou *praescriptiones*, entendendo-se como tais as hipóteses que dependiam de uma objeção formal do demandado (*La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 283-285).

¹⁰⁰ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 285.

¹⁰¹ A distinção que ora apontamos é apenas um resumo do detalhado estudo desenvolvido pelo autor às páginas 277-286 de sua obra *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

procedimento romano, a discussão sobre os fatos correspondentes aos pressupostos processuais era remetida, em determinados casos, ao *judicium*, onde, junto com a relação litigiosa material, era resolvida por meio de uma *exceptio* ou *praescriptio*¹⁰² - entendimento este que fundamentava a existência da criticada teoria das exceções processuais.

Por fim, o processualista alemão analisa as consequências, a seu ver, positivas, para o direito alemão do abandono da teoria das exceções processuais.¹⁰³

Inicialmente, observa que as teorias que se fundamentam em falsas interpretações do *Corpus Juris* são consideradas, no direito de sua época, carentes de valor, sendo certo que apenas por feliz causalidade, uma ou outra teoria dessa espécie encontrou boa acolhida geral. Assim, questiona se a teoria das exceções processuais, não obstante sua errônea vinculação ao direito romano, deve ser abraçada pela doutrina, pela legislação e pela prática. Conclui, ao final, pela imperiosa necessidade de seu abandono para que se permita o progresso do direito processual moderno.

O autor chega à citada conclusão após constatar que, cientificamente, um mesmo instituto não pode estar informado por princípios e normas que não se apresentem harmônicas, o que ocorre ao se considerar os pressupostos processuais pela ótica das exceções. De fato, observa Bülow que, se os pressupostos processuais, no direito alemão, têm a mesma natureza que tinham no direito romano e, portanto, não se confundem com a matéria que era objeto das exceções, permanece a necessidade científica de que sejam tratados como institutos diversos, com normas e princípios próprios. Somente assim, acredita, será possível uma profunda compreensão a respeito dos pressupostos processuais.

¹⁰² Bülow, ao longo de sua obra, demonstra que o conteúdo do procedimento *in jure* corresponde à lista de exceções processuais que figuravam nos “Tratados” alemães vigentes em seu tempo.

¹⁰³ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 287-302.

Assim, defende que a exceção seja conceituada não como “o que o demandado deve alegar frente à demanda” (tradução livre)¹⁰⁴ - incluídas aí as questões referentes aos pressupostos processuais -, mas como “tudo o que ele deve aduzir contra aquela (e, se contraditado, provar) quando ele deseje e queira que o juiz o considere” (tradução livre)¹⁰⁵ . Este conceito, na linha seguida pelo autor, jamais pode ser aplicado aos pressupostos processuais, visto que, em regra, tal matéria não pode ser deixada à disposição das partes, cabendo ao juiz uma função ativa no sentido de contribuir para a formação válida do processo.

Quanto ao ônus da prova, demonstra Bülow a impossibilidade de aplicação do princípio comum às exceções, pois, sendo os pressupostos processuais matéria que sequer precisa ser aduzida, é irracional exigir-se do demandado prova de sua respectiva fundamentação fática – que, conforme faz observar o autor, inexistente em boa parte das exceções ditas processuais.

Após, e ao final de sua obra, sugere o autor que se fale em pressupostos processuais – e não em exceções dilatórias processuais – quando se invocar defeitos na formação do processo. Expressa, ainda, o desejo de que sua sugestão seja acolhida pela legislação que, com sua autoridade, tem reforçado a resistência de tão inadequada teoria, impedindo, assim, o desenvolvimento científico do direito processual civil.¹⁰⁶

A presente exposição – embora resumida – do minucioso trabalho desenvolvido por Bülow, visou a demonstrar, além do elaborado raciocínio do autor, que o objetivo perseguido, na verdade, consistia em legitimar, por uma análise supostamente científica, uma prática já comum à época e que consistia na ampliação pelos próprios juízes de seus poderes, ainda que tal fosse contrário ao direito vigente. Assim, Bülow passa a

¹⁰⁴ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 290: “No hay que decir que excepción es lo que el demandado puede alegar frente a la demanda, sino todo lo que él debe aducir contra aquélla (y, si contradicho, probar) cuando él desee y quiera ciertamente que el tribunal lo considere”.

¹⁰⁵ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 290.

¹⁰⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 302.

definir o processo valendo-se do conceito de relação jurídica entre pessoas, com seu vínculo de subordinação de uma parte a outra e de ambas ao juiz, a quem compete, independentemente de alegação da defesa, a verificação da regular constituição e desenvolvimento da relação processual. “Outra não era a intenção de Bülow, senão fortalecer a figura do juiz e centralizar nele o juízo sobre a existência ou não do direito das partes”.¹⁰⁷ Nesse sentido, observa André Cordeiro Leal, em primoroso trabalho especializado:

*Entretanto, embora a vitoriosa dogmática bülowiana tivesse como objetivo, prima facie, esclarecer que na Roma antiga não se poderia deixar ao talante do réu as possíveis defesas (exceções) contra o ‘processo’, já que, como exposto, a relação jurídica processual não era privada, mas pública, cabendo ao funcionário do Estado zelar pela sua correta e adequada constituição, subjazia à alteração de nomenclatura uma questão de poder que ultrapassa em muito os limites do apego à precisão histórica [...] Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.*¹⁰⁸

É assim que a teoria do processo como relação jurídica entre pessoas, embora tenha sido possibilitada pela doutrina do liberal individualismo, paradoxalmente, ao desenvolver-se, levou o Estado-juiz a assumir uma posição dominante e superior em relação às partes, o que pode facilmente ser conferido pela doutrina produzida a partir de *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, citando-se, por exemplo, a obra intitulada *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial)¹⁰⁹, de autoria do próprio Oskar von Bülow, e publicada em 1885.

¹⁰⁷ MACIEL, Gabriel de Deus. Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 65.

¹⁰⁸ LEAL, André Cordeiro. Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2006. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 31 e 44.

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 78. Embora não tenhamos tido acesso à mencionada obra de Oskar von Bülow, as análises desenvolvidas no presente trabalho têm por base a tese de doutorado do Professor André Cordeiro Leal (Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático) e a obra de Karl Larenz citada nesta nota.

Com *Gesetz und Richteramt*, Bülow, aprofundando o que introduzira em sua obra anterior, expõe sua concepção de jurisdição: atividade, a ser exercida pelos juízes e tribunais, de criação do direito. É o que noticia Larenz valendo-se de excertos da obra em comentário:

A idéia básica deste escrito [refere-se a Gesetz und Richteramt], a que tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade criadora de Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é 'somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica' (pág. 45). Cada litígio jurídico 'põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei' (pág. 32). Sob o 'véu ilusório da mesma palavra da lei' oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser, 'em média a mais justa' (pág. 36).¹¹⁰

Sobre o relevante papel da magistratura na criação do direito, apregoa Bülow, citado por André Cordeiro Leal:

Nesse sentido, posso me dedicar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não diste muito do que os outros mesmo que silentes, também entendam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão.¹¹¹

Em sendo a jurisdição atividade criadora do direito pelos juízes - os quais, para um adequado desempenho, necessitam de poderes ilimitados -, sequer a lei poderia servir de obstáculo a esta iluminada missão, pois, nas palavras do processualista alemão:

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranqüilamente, como um

¹¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 78.

¹¹¹ LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 43, nota 46.

*destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!*¹¹²

Bülow, por pregar que a decisão judicial deve corresponder, em última análise, ao “sentimento jurídico pessoal” do juiz,¹¹³ é considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre¹¹⁴ (no sentido de livre da lei), doutrina reforçada *Eugen Ehrlich e Kantorowicz*¹¹⁵ e por todos aqueles que, “contra uma solução dos casos concretos dedutivamente inferida e racionalmente mediada, acentuam o *primado da vontade*, do *sentimento* ou da *intuição*”.¹¹⁶

Por essa concepção de jurisdição, não é de se estranhar que as teses dos juristas do movimento do direito livre tenham tido uma acolhida extremamente favorável na

¹¹² Citado por LEAL, André Cordeiro. Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2006. 133f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 45, nota 51.

¹¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 79, nota 65.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 78.

¹¹⁵ Os adeptos do direito livre, de acordo com Kaufmann, afirmavam que não pregavam a decisão *contra legem*, mas apenas indicavam qual o procedimento a ser adotado pelo juiz nos casos de lacuna da lei. Todavia, tinham um conceito excessivamente amplo de lacuna, entendendo sua existência sempre que a lei não resolvesse o caso de forma expressa e inequívoca. Daí sustentar Kantorowicz, citado por Kaufmann, que “*não existem menos lacunas do que as palavras*” e que apenas por uma improvável coincidência um caso jurídico poderia encaixar-se em todos os conceitos da lei a ser aplicada. Assim, nestas situações, ou seja, sempre, deveria o juiz recorrer ao direito livre (KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, p. 174-176). Esse direito livre seria descoberto pelo juiz, através de sua sensibilidade jurídica, no meio social. Caberia ao juiz recorrer às convicções que no seu meio social, e naquele momento, se tem como o justo. Para Kantorowicz, citado por Luisi, o direito livre seria um direito paralelo ao estatal, aquele que “[...] efetivamente disciplina o cotidiano da realidade social. Trata-se de um conjunto de convicções que tem determinada coletividade de um certo lugar, em certo tempo, sobre o que é justo. Convicções mutáveis, mas dotadas de positividade, pois elas é que efetivamente regulam as condutas das comunidades” (LUISI, Luiz. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Ed. Sérgio A. Fabris, 1993, p. 182). Nessa mesma linha, dizia Enlich, também citado por Luisi, “[...] a vida é incomparavelmente mais rica que os conceitos e tipos contidos nas normas jurídicas. Tão grandes e multiformes são as concretas manifestações sociais que nenhuma norma ou conjunto de normas é capaz de abarcá-las. Para disciplinar este vasto universo fático o direito estatal é manifestamente insuficiente, e só pode ser regulado pelo direito da sociedade. Esse direito, dinâmico e concreto, se embasa nas seguintes instituições: matrimônio, família, posse, contrato e sucessões. Tais institutos não são criações legais, mas precedem às lei. E fundamentam o concreto da experiência social” (LUISI, Luiz. *Filosofia do Direito*, p. 182.)

¹¹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 79, nota 65.

Alemanha nacional-socialista,¹¹⁷ quando se exaltava o senso inato do juiz (de raça pura) capaz de descobrir, na comunidade nacional, a lei justa aplicável ao caso concreto.

De fato, não tendo Bülow objetivado qualquer espécie de controle da atividade jurisdicional¹¹⁸ - mas, ao contrário, tendo desejado possibilitar o exercício do poder ilimitado de criação do direito pelos juízes -, sua teoria do processo como relação jurídica não se presta a legitimar a decisão judicial em “paradigmas que não se alinhassem ao do Estado Social,¹¹⁹ em cujas bases o Direito Livre se justificava”.¹²⁰ Daí afirmar André Cordeiro Leal, com razão, que Bülow, na verdade, concebeu o processo como técnica da jurisdição (ato de dizer o direito), entendida esta como exclusiva atividade dos juízes, inaugurando a “tecnologia (estudo das teorias da técnica ou métodos para aumento de seu grau de racionalidade conforme fins) da jurisdição”,¹²¹ e não uma Ciência do Processo, a qual não busca resultados úteis, mas “o esclarecimento e a produção de conhecimentos esclarecidos sobre o Processo e o Direito Processual”.¹²²

Por fim, pode-se afirmar que o processo, já na doutrina bülowiana, aparece como instrumento da jurisdição, sendo de se observar, todavia, que Bülow desenvolveu seus estudos em momento histórico marcado pela passagem do direito formal burguês (capitalismo liberal) para o direito materializado do Estado social (capitalismo regulado pelo Estado), o que garante certa coerência às suas conclusões. Estranho é que,

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 453.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 78.

¹¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, *Direito constitucional*, p. 61: Sob o paradigma do Estado Social, “Ao Poder Judiciário cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, a Justiça no caso concreto”.

¹²⁰ LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 46.

¹²¹ LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 109.

¹²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 234.

decorrido mais de um século, processualistas brasileiros, desatentos ao paradigma Democrático imposto pela Constituição de 1988, ainda vejam o processo como instrumento da jurisdição.

4. O processo como instrumento da jurisdição

A corrente liderada por Cândido Rangel Dinamarco, aferrada às lições de Bülow, mantém a definição de processo como relação jurídica entre pessoas com seu vínculo de sujeição entre as partes e o Estado-juiz, colocando a jurisdição no centro do estudo da teoria do processo, compreendendo-a como expressão do poder¹²³ estatal, destinada ao cumprimento de objetivos preestabelecido pelo Estado.¹²⁴ “Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina”.¹²⁵ Desse modo, o processo, pertencendo a um sistema destinado a realização de fins previamente escolhidos, ou seja, a um sistema instrumental, “é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função”¹²⁶ que, como se disse, também visa a consecução de fins do Estado.¹²⁷

E os fins da jurisdição, para os instrumentalistas, não são apenas jurídicos (atuar o direito material, como quer Chiovenda, ou compor a lide, segundo Carnelutti), mas também “sociais (pacificação com justiça, educação) [e] políticos (liberdade,

¹²³ Sobre este poder, esclarece Dinamarco: “[...] Quanto a este, ressalve-se que a jurisdição não é um poder, ao lado de possíveis outros que o Estado tivesse e distinto deles. Ela é, como já dito acima, uma das expressões do poder estatal e este é uno e insuscetível de divisão ou pluralização. O Estado não tem poderes, mas um só poder. O poder estatal define-se, como é caro à ciência política, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 116).

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 92-98.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 93.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 95.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p.98: “A ordem processual, como um sistema aberto, ou ‘dependente’, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição)”.

participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento)¹²⁸ os quais, todavia, estão sujeitos a variações no tempo e no espaço.¹²⁹ Tais finalidades, por sua vez, são as mesmas a serem buscadas pelo processo, uma vez que este não passa de instrumento a serviço da jurisdição.

Assim, evidenciado o caráter técnico do processo, enquanto “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”,¹³⁰ exsurge, para os instrumentalistas, a necessidade de constante *revisitação* da técnica processual visando uma maior efetividade do processo (maior aptidão para alcançar os fins a que a jurisdição se destina), sendo certo que, de tais revisitações, têm aqueles processualistas concluído pela necessidade de intensificação da atividade do juiz, deformalização e agilização do procedimento. Como resultado dessas “novas” idéias, pode-se citar a Lei 9.099/95, que instituiu o modelo procedimental dos juizados especiais cíveis, e a chamada Reforma do Código de Processo Civil, sobre a qual, observa, com empolgação, Dinamarco: “nunca se deu tanta responsabilidade aos juízes, nem tantos poderes para fazer efetiva a tutela jurisdicional e legítima a sua própria atividade”.¹³¹

Não obstante os inúmeros esforços expendidos para minimizar os obstáculos que o processo cria ao exercício do poder (jurisdição), os instrumentalistas ainda não optaram por sua supressão diante da necessidade de legitimar a atuação da jurisdição. Mas, para tais doutrinadores, trata-se de uma legitimação fática, que se confunde com efetividade, e não de uma legitimação jurídica, que se preocupa com a fundamentação das normas.

Com efeito, segundo Dinamarco, a legitimidade diz respeito ao efetivo grau de aceitação social do poder jurisdicional.¹³² Neste ponto, Dinamarco se apropria das lições de Luhmann, para quem a legitimidade corresponde “a uma disposição generalizada

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 387.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 188-192.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 273.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 319.

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 166-177.

para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.¹³³ O procedimento (ou processo), para Luhmann, serve apenas para reestruturar as expectativas das partes a fim de que não se rebelem contra a decisão a ser tomada, quando esta lhes seja desfavorável.¹³⁴ As partes participam do procedimento na esperança de poderem influenciar a decisão, porém, não se deve supor que “esta esperança possa governar os resultados”.¹³⁵ Logo, em Luhmann, a decisão não está vinculada ao procedimento, não havendo garantia lógico-jurídica de *efetiva* participação das partes na construção do provimento. Daí afirmar Rosemiro Pereira Leal que

*O importante para Luhmann é conferir legitimidade (legitimação) ao procedimento por uma decisão mitigante de desilusões e repulsora de um non-liquet socialmente desestabilizador. O legitimar, no sentido de Luhmann, é um decidir firme, talentoso, envolvente e preventivo de rebeldias, decepções ou desilusões catastróficas entre os contendores ou interessados em direitos.*¹³⁶

Desse modo, para os instrumentalistas, assim como em Luhmann, a legitimidade do direito não decorre de uma racionalidade processual que revele sua origem democrática, mas de um procedimento que apenas encaminha decisões, as quais, decorrendo da sensibilidade do juiz aos “sentimentos da nação”,¹³⁷ evitem distúrbios sociais.

Os adeptos da teoria da relação jurídica processual - hoje chamados instrumentalistas -, porque afeiçoados aos vínculos de sujeição, sequer conseguiram distinguir processo e procedimento, o que lhes permitiria superar a perspectiva

¹³³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 30.

¹³⁴ No mesmo sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco: *O importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados* (A instrumentalidade do processo, p. 195).

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 91.

¹³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, 86.

¹³⁷ DINAMARCO, após afirmar ser “*inegável o elevado grau de participação do juiz na determinação da vontade do direito em cada caso concreto*”, ressalta que lhe compete “*canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 388).

luhmanniana de legitimação fática do direito através de um conceito propriamente jurídico de legitimidade.

5. Processo e procedimento na perspectiva instrumentalista

A questão da legitimidade do direito, como ainda se mostrará adiante, passa por uma teorização adequada do processo, a qual deve partir da distinção entre processo e procedimento. Mas, tal distinção, para aqueles que concebem o processo como relação jurídica entre pessoas, mostrou-se sempre tormentosa.

Com efeito, já em Bülow, conforme demonstrado, os institutos do processo e do procedimento aparecem como um único fenômeno.

Após, o processualista italiano Giuseppe Chiovenda, dedicando-se a penosa tarefa, passa a afirmar, em síntese, que o procedimento corresponde à forma da relação processual, a qual, por sua vez, constitui o processo. Nas palavras do autor, o processo “é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.”¹³⁸ Esse “complexo de atos” forma uma unidade jurídica que, segundo o autor, por envolver direitos e deveres entre as partes e o órgão jurisdicional, constitui uma relação jurídica complexa.¹³⁹

O procedimento, esclarece Chiovenda, corresponde “as atividades das partes e dos órgãos jurisdicionais, mediante as quais a lide procede do princípio para a definição”.¹⁴⁰ E tais atividades devem submeter-se a condições formais de tempo, lugar e meios de expressão:

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 56.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 77-88.

¹⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 5.

*[...] tais condições se dizem formas processuais em sentido estrito. Em acepção mais ampla e menos própria, entendem-se por formas as próprias atividades necessárias no processo, na medida em que, sendo coordenadas à atuação de um direito substancial, apresentem caráter de forma com respeito à substância.*¹⁴¹

Como se percebe, se a relação processual se desenvolve no procedimento e coincide com o complexo de atos que o compõe, em Chiovenda permanecem indistintos processo e procedimento.

Enrico Tullio Liebman, sob influência de Chiovenda, de quem foi discípulo na Universidade de Roma, ensinava que o processo deve ser definido em seu aspecto interno e externo, sendo que o primeiro diz respeito à própria relação processual, e o segundo consiste em sua manifestação exterior e visível.¹⁴² Com essa enigmática definição, evidente que Liebman também não trouxe contribuição relevante à tarefa de distinguir processo e procedimento.

As idéias de Liebman, porém, tiveram grande repercussão entre os doutrinadores brasileiros, especialmente a partir de metade do século passado quando, já lecionando no curso de bacharelado da Faculdade de Direito de São Paulo, inaugurou, com seus alunos José Frederico Marques e Alfredo Buzaid, além de Bueno Vidigal, a Escola Processual de São Paulo. Assim, natural que seus discípulos permanecessem concebendo o processo como relação jurídica e o procedimento sua manifestação exterior.

Nessa linha, afirma Frederico Marques que “segundo sua melhor formulação, o processo pode ser visto como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência”.¹⁴³

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 6.

¹⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 77: “[...] todo valor do conceito de relação processual está em permitir conceber o processo em sua unidade e em sua autonomia. Todas as relações existentes entre os sujeitos do processo têm o seu fundamento, suas raízes, sua significação no fato básico da pendência do processo; tomadas em conjunto, formam o que se poderia denominar de tecido jurídico interno do processo. Enquanto a série de atos (o procedimento) é apenas sua manifestação exterior e visível”.

¹⁴³ MARQUES, José Frederico. *A relação processual penal*, p. 8.

No mesmo sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior que,

*Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modo de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos. Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo [...].*¹⁴⁴

Outros processualistas, empenhados em estabelecer tal distinção, recorrem, sem sucesso, a metáforas, como, por exemplo, Carreira Alvim, ao afirmar que “[...] o procedimento acompanha sempre o processo, como a sombra acompanha o corpo”¹⁴⁵ (!?).

Por fim, os adeptos da doutrina instrumentalista passam a distinguir os institutos do processo e do procedimento com base em critério teleológico: o processo tem por finalidade o exercício do poder jurisdicional, enquanto o procedimento não passa de meio técnico neutro, desprovido de qualquer finalidade. É o que se extrai do seguinte excerto de conhecida obra coletiva:

*O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles, e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.*¹⁴⁶

Sobre a insuficiência do critério teleológico para apartar o processo do procedimento, Aroldo Plínio Gonçalves foi preciso ao observar que, sendo o procedimento meio técnico, está ordenado a consecução de fins e, portanto, não

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 330.

¹⁴⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, p. 195.

¹⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 247.

permanece neutro quanto a sua própria finalidade. Assim, se o procedimento é essencial à realização do processo, absorve às finalidades deste. Como esclarece o mencionado processualista:

*A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões, um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que, se o procedimento se constitui em meio necessário (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência ou o desenvolvimento, ou a ordenação do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.*¹⁴⁷

As citações de dogmáticos instrumentalistas poderiam continuar e não se perceberia qualquer novidade significativa, pois processo e procedimento são indiscerníveis para os seguidores de Bülow, sendo acertada a observação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira no sentido de que a teoria da relação processual lida com um “conceito pouco sofisticado de procedimento”.¹⁴⁸

E caracterizando-se o processo unicamente por sua finalidade de “exercício do poder”, a decisão é produto unicamente da racionalidade do decisor, como será demonstrado a seguir.

6. O processo a serviço da jurisdição: a decisão judicial pela racionalidade do decisor

O superior papel assumido pelo juiz na teoria da relação processual – sujeito da relação que está no lugar da lei (Bülow) ou é o construtor da “ordem jurídica justa”¹⁴⁹

¹⁴⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 65-66.

¹⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*, p. 192.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 379.

(atuais instrumentalistas) – autoriza-lhe que, solitariamente, escolha (ou crie) e interprete a norma material aplicável ao caso concreto. Assim, sendo o processo mero instrumento da atividade do juiz, o procedimento não assume papel relevante na preparação da decisão. Nas palavras de respeitados representantes da dogmática procedimental brasileira, o processo “não deve, na prática cotidiana, ser guinado à condição de fonte geradora de direitos”.¹⁵⁰

Nesse quadro, jurisdição e processo se relacionam de acordo com o modo proposto pelo Estado Social, ou seja, ao juiz, que representa um Estado preocupado com o bem-estar do povo, cabe, a partir de seu especial conhecimento, sensibilidade e senso de justiça, compensar as desigualdades sociais, ainda que tal implique em contrariedade a lei.

É o que se extrai das lições de Cândido Rangel Dinamarco, em sua declarada vinculação ao ideário do Estado Social, no qual o juiz “é o intérprete maior e definitivo da ordem jurídica positivada nos textos”.¹⁵¹

*Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos ‘fins limitados do Estado’, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de ‘justiça’ um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades [...] E o Estado, então, pretendendo ser a ‘providência do seu povo’, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita [...].*¹⁵²

Entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei, não significa ser preso ao rigor das palavras que o texto contém, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a mens legislatoris, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça,

¹⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 43.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 364.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 34-35.

*ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.*¹⁵³ (grifos nossos).

*Em casos de formar-se um valo entre os textos da lei e o sentimento da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar.*¹⁵⁴ (grifos nossos).

Cândido Rangel Dinamarco, ao pregar que o processo tem por finalidade a realização de escopos políticos e sociais, cabendo ao juiz, para garantir a utilidade do processo, ignorar a lei que “não satisfaça ao seu sentimento de justiça”, em nada se afasta de Bülow quando preconiza que a decisão judicial deve corresponder, em última análise, ao “sentimento jurídico pessoal” do juiz,¹⁵⁵ idéia esta que, como se disse, serviu de sustentação ao Movimento do Direito Livre.

Também Enrico Tulio Liebman, porque alinhado ao paradigma do Estado Social, vê o juiz como “intérprete do senso ético difuso na sociedade de seu tempo”, a quem caberia, “em casos excepcionais”, julgar por equidade para corrigir a rígida aplicação da regra abstrata, de forma a “dobrá-la e conformá-la às necessidades de cada caso”.¹⁵⁶

Dessa forma, tanto em Bülow, como em Liebman e Dinamarco, a sentença é ato privativo do juiz, que goza de considerável liberdade em relação ao ordenamento jurídico, e se impõe unicamente pela autoridade do decisor. Isso porque, prevalecendo como critério decisório as pré-compreensões do julgador, as quais não são submetidas à crítica ao longo do procedimento, não há efetiva participação dos interessados na construção do provimento, restando-lhes apenas a esperança (ilusão) de que possam convencer o juiz a decidir a favor de seus argumentos.¹⁵⁷ Estando, portanto, a aplicação

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 361, nota 91.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 242.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 79, nota 65.

¹⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 177.

¹⁵⁷ MACIEL, Gabriel de Deus. *Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático*. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação e

das normas submetida à prudência do julgador, afasta-se o princípio da imparcialidade, como analisado por Gabriel de Deus Maciel:

Essa prudência vai-se manifestar, como anota Günther (cf. 1993, p. 68), no tratamento estratégico das particularidades da situação de fato, só que no caso do juízo de equidade, tal como uma espécie de phronesis aristotélica, lida-se estrategicamente com a norma, assimilando-a aos fatos. Isso afasta o princípio da imparcialidade, pois, ao invés de levar em consideração todas as circunstâncias da situação e, então, buscar, dentre as normas prima facie aplicáveis, aquela que seja mais adequada, segundo as exigências do ordenamento jurídico (ou melhor, segundo as exigências de uma compreensão paradigmática do ordenamento jurídico), o juiz assimila a norma aos fatos, decidindo conforme aquilo que ele entende ser o mais correto para aquele caso. Não há propriamente a aplicação de uma norma, mas a adoção de uma decisão pelo juiz, por um juízo que se ajusta 'às circunstâncias particulares do caso concreto, de modo a formular uma regra jurídica concreta que lhe pareça mais justa para o caso singular' (LIEBMAN, 2002, p. 163).¹⁵⁸

E, ainda assim, as decisões são tidas por “fundamentadas”¹⁵⁹ e conformadas ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Aliás, não se pode mesmo esperar dos herdeiros acrílicos de Bülow, para os quais a jurisdição está no centro do sistema processual e o processo não é “fonte geradora de direitos”, que percebam o

(Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 64-69.

¹⁵⁸ MACIEL, Gabriel de Deus. Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 667-68.

¹⁵⁹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, analisando a importância do princípio da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, aponta que sua observância tem sido negligenciada pelos magistrados com incentivo do Supremo Tribunal Federal que, em repetidas decisões, sedimentou o entendimento de que satisfaz o mandamento constitucional a decisão cuja motivação seja sucinta, deficiente ou incorreta: “Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal vem sendo contestado pela doutrina, porque decisão mal-fundamentada, isto é, fundamentada de modo deficiente, é decisão sem fundamentação, já que a deficiência decorre, exatamente, da falta de apreciação analítica dos argumentos e questões discutidos pelas partes, no processo, em contraditório. Além disso, ao se entender que a decisão está fundamentada, mesmo que a fundamentação se revele incorreta, parece-nos que assim se está aceitando como válida qualquer fundamentação, ainda que distanciada dos argumentos deduzidos e das questões individualizadas no processo pelas partes e das normas que integram o ordenamento jurídico vigente, o que se revela intolerável, em razão de tudo que consideramos até agora. Assim, por exemplo, se a decisão nega fatos aceitos pelas partes, sem controvérsia, e aceita fatos somente cognoscíveis fora do processo ou pelos preditos adivinhadores do agente público julgador (juiz), decidindo o caso concreto mediante aplicação de regras do Código de Hamurabi, de origem perdida no tempo, ao contrário das argumentações deduzidas pelas partes, que pugnavam pela aplicação de normas do Código Civil de 1916, tal decisão estará fundamentada, na estrábica ótica interpretativa do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a exigência constitucional” (Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, p. 151-153).

indispensável entrelaçamento entre os princípios da reserva legal, do contraditório e da fundamentação das decisões, de forma a atender ao mencionado dispositivo constitucional e retirar a racionalidade da decisão da subjetividade do julgador.¹⁶⁰ Sobre os juízos desvinculados do ordenamento jurídico, convém a reprodução, pela precisão, de parte da crítica técnico-científica desenvolvida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

*Referimo-nos, em particular, à fórmula hermenêutica tradicional do ‘prudente arbítrio do julgador’ (ou moderado arbítrio do juiz), com a qual temos relevantes restrições de ordem constitucional, pois, além de agredir qualquer consciência jurídica democraticamente bem formada, seu acatamento ainda resulta em menoscabo do princípio da prevalência da lei. De fato, ‘arbítrio judicial’, ao nosso entendimento, configura, a um só tempo, a tirania da vontade única do juiz calcada em subjetividades ou critérios pessoais, o capricho despótico e ilegal do agente público decisor, a atividade discricionária do órgão jurisdicional, o excesso ou abuso de poder no ato estatal de julgar. À evidência, são situações incompatíveis com o princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Ademais, sob tal ótica, onde houver arbítrio, este jamais poderá ser prudente ou moderado, aflorando da expressão sob exame idéias lógicas e juridicamente antitéticas, sendo certo que os três inimigos fidalgos do arbítrio judicial são o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.*¹⁶¹

De observar-se que, mesmo aqueles processualistas que desejaram estabelecer limites à atividade do juiz, tendo-o feito através da teoria da relação processual entre pessoas - que, como afirmado, desde o seu nascimento visava a ampliação dos poderes do juiz -, não conseguiram evoluir na construção de critérios de decidibilidade destinados a garantir a racionalidade das decisões,¹⁶² como restou talentosamente demonstrado por André Cordeiro Leal.¹⁶³ É o que se deu, por exemplo, com Eduardo J.

¹⁶⁰ Sobre o contraditório e a fundamentação das decisões, ver item 12 do presente trabalho.

¹⁶¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 140.

¹⁶² Se a legitimidade das decisões, na democracia, requer que seus destinatários participem de sua produção, a racionalidade de que se fala não prescinde de uma vinculação entre a argumentação das partes e a decisão do juiz, tanto no que diz respeito à escolha da norma a ser aplicada, como no que se refere à reconstrução dos fatos.

¹⁶³ LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 52-71. Desse brilhante estudo, do qual, aliás, colhemos valiosa contribuição ao desenvolvimento do presente trabalho, discordamos do que se denominou “paradoxo de Bülow” porque, segundo percebemos, se o

Couture,¹⁶⁴ o qual, embora tenha demonstrado constante preocupação com a democracia, acabou por situar a legitimidade decisória na pessoa do juiz, exigindo-lhe responsabilidade e dignidade.¹⁶⁵

Da perspectiva de centralidade da jurisdição – esta entendida pelos instrumentalistas, de Bülow a Dinamarco, como atividade do juiz – surge o interesse pela efetividade. Mas não se trata de efetividade do ordenamento jurídico,¹⁶⁶ e sim do poder judicial. A celeridade, do mesmo modo, ganha importância e está diretamente relacionada ao desempenho pessoal do juiz, responsável pela prestação de serviço rápida e em larga escala.¹⁶⁷ Efetividade e celeridade estão intrinsecamente relacionadas:

paradoxo consiste na impossibilidade vivenciada por aqueles autores que buscaram “o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana” (f. 45), o paradoxo não é “de Bülow” – que sempre visou a ampliação dos poderes dos magistrados –, mas daqueles processualistas que buscaram o oposto sem abrir mão da doutrina da liberdade judicial. Assim, melhor falar-se em “paradoxo de Chiovenda” ou “paradoxo de Couture”.

¹⁶⁴ Couture abraçou a teoria do processo como instituição, que foi criada por volta de 1940 pelo espanhol James Guasp. Todavia, por entender que a concepção institucional do processo se apoiava em pressupostos mais sociológicos que jurídicos, dela se afastou, retornando à escola do processo como relação jurídica.

¹⁶⁵ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*, p. 59: “O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o direito cederá ante sua última e definitiva revelação [...] da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo”.

¹⁶⁶ Sobre o conceito de efetividade a partir do marco teórico sob o qual se desenvolve o presente trabalho, destacamos as palavras de Andréa Alves de Almeida: “A efetividade processual no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional” (*Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 105-106).

¹⁶⁷ Também quanto ao problema da morosidade na solução dos litígios, comungamos do entendimento de Andréa Alves de Almeida: “A celeridade processual deve ser compreendida no direito democrático pela legalidade, ou seja, corresponde ao cumprimento da previsão legal e não ao empenho pessoal do juiz. Contudo, na sistemática do código de processo civil brasileiro, os atos do juiz ainda são apenas voluntários ou aleatórios, uma vez que não são preclusivos, já que não sofrem sanção automática ou endoprocessual pelo descumprimento do prazo legal. A ineficiência processual decorre dos privilégios que a lei cria para o juízo e para o Poder Público. O que, por regência do processo constitucional, já suplica atuação do constituinte para colocar os sujeitos do processo em isonômico tratamento na previsão do tempo da construção procedimental. A morosidade da atividade jurisdicional decorre da omissão indesculpável do Estado de não contratar funcionários (juízes, auxiliares do Judiciário e defensores públicos) suficientes para cumprir o seu dever jurisdicional” (*Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, p. 113-114).

quanto mais rápida a prestação, a solução do litígio, “tanto mais efetiva terá sido a prestação jurisdicional, assumindo, assim, o resultado dessa prestação valor absoluto em relação aos meios pelos quais ela deve se dar”.¹⁶⁸ Este é o espírito que tem inspirado os movimentos reformistas da atualidade que, sob tão equivocado conceito de efetividade do processo, aceleram os procedimentos (precipitando a transposição da cognição para a execução, a exemplo da antecipação de tutela e das liminares *inaudita altera pars*) mediante a diminuição ou exclusão de garantias processuais constitucionais e ampliação dos poderes do Estado-juiz, tudo, por certo, sob o argumento de “deformalização do processo e do procedimento”¹⁶⁹ para obtenção de justiça social.¹⁷⁰ É o que se vê, por exemplo, na lei n. 9.099/95, que instituiu o modelo procedimental dos juizados especiais cíveis, claramente regida pelo princípio autoritário, uma vez que afasta o contraditório e ampla defesa; o princípio do juiz natural, da fundamentação das decisões e da publicidade¹⁷¹ e “ainda ficam os julgadores autorizados a adotar em cada caso a

¹⁶⁸ CHAVES, Terezinha Ribeiro. A efetividade do processo no Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte, 2003, f. 103. Dissertação (Mestrado em Direito – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito), f. 81.

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 310.

¹⁷⁰ Sobre o (de)formalismo e fins do processo, convém lembrar, como bem o faz Aroldo Plínio, que, “a história do Direito demonstra que, com formalismos rigorosos (o processo formulário) ou sem qualquer formalismo (os processo que WEBER denominou de ‘direito formal irracional’ do direito Salomônico, passando pelo kadi, chegando aos ‘tribunais revolucionários’) os processo tiveram uma enorme eficácia para uma pluralidade de fins. Com formalismos ou sem formalismos foram eficazes para condenar em nome de muitos nomes: em nome de razões sociais e em nome de razões de estado, em nome do pecado e em nome de Deus; em nome de incompreensíveis signos e em nome de misteriosos, formidáveis e insondáveis nomes. Historicamente, com formalismos ou sem formalismos, os ordenamentos jurídicos já permitiram que o processo tivesse como finalidade a salvação da alma e a salvação da sociedade. Das finalidades transcendentais, não se tem perdido a memória, quando o juízo de Deus se manifestava nas Ordálias. E não está tão afastada a época em que os procedimentos da Santa Inquisição, que torturava para obter a confissão e para purificar a alma do condenado, antes de entregá-lo ao braço secular, se faziam em nome de um ‘bem maior’ da sociedade: em nome da fé e em nome de Deus”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 171-172).

¹⁷¹ Não bastasse a clara afronta ao princípio da ampla defesa provocada pela dispensabilidade da participação do advogado para a validade da atividade jurisdicional (art. 9º da Lei n. 9.099/95), pelo procedimento estabelecido na lei em comento, leva-se “a causa à audiência sem que o réu tenha acesso às provas do autor, mesmo a documental, e sem que o autor nada conheça sobre as razões e as provas de seu adversário, atribuindo-se aos litigantes o dever de um imediato saber e conhecer, o que jamais se impõe ao magistrado, sempre em condições de qualificar de ‘impróprios’ os prazos que lhe são determinados por lei. A prova é colhida sem cuidado, até porque, no ousado dizer da lei, não precisará ser reduzida a escrito e dela o juiz colherá apenas os informes essenciais, tornado ele o senhor de tudo, inclusive da formação de seu próprio convencimento, sem necessidade de referência ao que foi documentado nos autos. Nem poderia fazê-lo visto como não reduzido a escrito quanto provado, bastando a fidelidade de sua memória, a retidão de seu caráter, sua aguda percepção das coisas, faculdades excepcionais que obteve mediante o concurso de provas e de títulos a que se submeteu, dispensada sua legitimação democrática para o

decisão que acharem mais justa e equânime (seres privilegiados que são) atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”,¹⁷² decisão esta que produzirá efeitos sobre as partes que, no caso, não passam de meros espectadores da atividade jurisdicional. Não é sem razão, portanto, que o processualista J. J. Calmon de Passos qualifica os juizados especiais cíveis de “espaço privilegiado da inconstitucionalidade e do arbítrio”.¹⁷³

Outros renomados autores, embora não façam referência à teoria bülowiana, adotam a concepção de jurisdição a ela inerente (atividade do juiz). É o que se vê em Ronald Dworkin¹⁷⁴ com a posição demasiadamente idealizada de seu modelo de juiz – o que é reconhecido pelo próprio autor que o denomina, de forma irônica, de “Hércules”-, cujas sentenças prescindem da contribuição argumentativa das partes. Também em Alexy, permanece a decisão como ato privativo do juiz, uma vez que ocupa posição

exercício de tanto poder. Não há relatório na decisão e o juiz motivará o que decidir com breve resumo dos fatos relevantes que ocorreram em audiência. Nega-se ao advogado a sustentação oral diante das famigeradas Turmas Recursais, como se não bastasse a supressão de quase todos os recursos deferidos aos litigantes ordinariamente [...]” (PASSOS, J. J. Calmon. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan.-fev. 2002, p. 14.).

¹⁷² PASSOS, J. J. Calmon. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan.-fev. 2002, p. 15.

¹⁷³ PASSOS, J. J. Calmon. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan.-fev. 2002, p. 11.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Dworkin, preocupado com a certeza e segurança jurídicas, critica o realismo jurídico e o positivismo no que diz respeito à aceitação da discricionariedade judicial nos casos de omissão da lei ou existência de leis contraditórias (*hard cases*). Para o autor, o positivismo admite o decisionismo judicial porque aceita a existência de lacunas. Estas, segundo Dworkin, inexistem quando se reconhece a força vinculante dos princípios. A partir de sua *tese dos direitos* (os direitos fundamentais prevalecem contra o interesse coletivo) e da *resposta correta* (há sempre uma resposta correta a ser encontrada pelo juiz no direito preestabelecido) Dworkin chega a concepção do direito como *integridade*. E, para responder à tensão entre segurança jurídica (facticidade) e correção (validade), o juiz, ao decidir, deve levar em conta as decisões tomadas no passado (a história institucional com a qual está comprometido e da qual deve retirar os princípios morais) e, de outro, com olhos no futuro, considerar também a necessidade de dar a melhor contribuição possível ao desenvolvimento dos princípios que informam o ordenamento jurídico. Logo, as decisões judiciais para serem legítimas, devem ser fundamentadas racionalmente, de forma a demonstrar sua vinculação à moral histórica e institucional da comunidade (moral esta que não se confunde com a moral transcendental, imutável e absoluta apreendida pelos jusnaturalistas).

hermenêutica privilegiada, cabendo-lhe, com exclusividade, a ponderação de princípios (comandos de otimização).¹⁷⁵

Pelo que se expôs até o momento, pode-se concluir que a teoria do processo desenvolvida por Bülow, bem como a idéia de jurisdição dela decorrente, ao permitir que as decisões sejam tomadas isoladamente pelo decididor, impossibilita ao cidadão o exercício de direitos fundamentais de participação (soberania popular) na fiscalização e aplicação do direito, mantendo-o como mero espectador da atividade político-jurídica. Resta, assim, esclarecida a necessidade, para os instrumentalistas, do estudo da jurisdição no quadro de uma teoria do poder (“O poder político é, realmente, a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”):¹⁷⁶ se impor decisão nada mais é do que o uso da força (violência), o exercício desse poder corresponde, em última análise, ao exercício da violência, estando o processo e a própria jurisdição reduzidos a instrumentos para o exercício da violência pelo Estado.

No capítulo que se segue, porém, busca-se a construção de uma fundamentação racional para o exercício da jurisdição, no âmbito dos órgãos funcionais do Estado, a partir da discussão sobre sua finalidade e seu conceito para, em seguida, fixar a finalidade do processo e analisar a relação que mantém com a jurisdição.

¹⁷⁵ Para maiores e melhores informações sobre a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica de Robert Alexy, consultar LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 62-72; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*, p. 73-109.

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 107.

CAPÍTULO III

A INSTRUMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO

7. A jurisdição como atuação da vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda)

Segundo Giuseppe Chiovenda, a soberania do Estado, que se define como poder “à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral”,¹⁷⁷ pressupõe as funções legislativa, governamental (administrativa) e jurisdicional. A distinção entre a função legislativa e judicial mostra-se simples, sendo a primeira destinada à “*ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos e a esta atuá-las*”.¹⁷⁸ Já a distinção entre as funções judicial e governativa, ambas obrigadas a atuar a vontade da lei, é árdua, e Chiovenda, após afastar, por inadequados, o critério orgânico; a referência a natureza pública ou privada do interesse; ou as garantias da função (independência dos funcionários, formas processuais); ou ainda a discricionariedade ou imparcialidade do funcionário encarregado de exercê-las, repousa a distinção no caráter substitutivo *da atividade* jurisdicional.¹⁷⁹ “A atividade jurisdicional, segundo o autor, é sempre uma atividade de substituição”,¹⁸⁰ ou seja, a substituição de uma atividade privada de outrem por uma atividade pública. Tal substituição ocorre de dois modos, referentes a dois estados do processo, cognição e execução. Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* das partes e de todos os cidadãos pela atividade intelectual do juiz ao afirmar existente ou inexistente a vontade concreta da lei concernente às partes.¹⁸¹ Na execução, a jurisdição consiste na substituição da *atividade* da parte pela atividade pública, seja para constranger o

¹⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 9.

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 11.

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 15-17.

¹⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 17.

¹⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 17.

obrigado a agir, seja visando diretamente o resultado da atividade devida.¹⁸² “Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em *lugar de* outrem (não entendamos *em* representação de outros)”¹⁸³

À administração faltaria exatamente este caráter substitutivo, uma vez que sua atividade se dá sempre “por conta própria, e não em lugar de outrem”.¹⁸⁴ Desse modo, arremata o autor:

*[...] o juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda: a administração é uma atividade primária ou originária; a jurisdição é uma atividade secundária ou coordenada.*¹⁸⁵

Chega, assim, Chiovenda a seguinte definição de jurisdição:

*Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade, já no torná-la, praticamente, efetiva.*¹⁸⁶

Preocupado com a consistência das decisões, ou seja, com sua adequação ao ordenamento jurídico, Chiovenda, embora entenda que “a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”¹⁸⁷ – noção decorrente de sua vinculação a teoria bülowiana -, coloca-se frontalmente contra a possibilidade de criação do direito pelo juiz,¹⁸⁸ chegando a afirmar, após expressa referência a escola do

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 17.

¹⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 17.

¹⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 18.

¹⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 18.

¹⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 8.

¹⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 64.

¹⁸⁸ Neste ponto reside a principal crítica de Ovídio A. Baptista da Silva à doutrina de Chiovenda: “As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, à medida que o preceito

direito livre, que “os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias”.¹⁸⁹ Mas, como observado por André Cordeiro Leal, o processualista italiano, desejando garantir a imparcialidade do juiz como forma de assegurar a atuação da vontade da lei (e não da vontade do julgador), porque enredado no “paradoxo de Bülow”, renuncia ao processo, e recorre à divisão de poderes que, “a partir de fora (não da teoria do processo), poderá fazê-lo, na medida em que assegura a independência dos julgadores para fazer atuar a vontade (acabada) da lei”.¹⁹⁰ O processo, em Chiovenda, tem a mesma finalidade da jurisdição: a atuação da vontade da lei.¹⁹¹

A definição de jurisdição apresentada por Chiovenda sofreu críticas de Galeno Lacerda, para quem o traço de substitutividade não explicaria a natureza jurisdicional das decisões sobre questões referentes à própria atividade do juiz, a exemplo daquelas que dizem respeito à competência e suspeição, assim como não explica o caráter jurisdicional daqueles feitos que têm por objeto conflito sobre valores indisponíveis, cuja solução não se obtém pela atividade direta das partes (exemplo: nulidade de casamento, processo pena).¹⁹²

legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento. A doutrina de Chiovenda [...] tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivista, predominantes no século XIX, que ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo, particularmente as variantes normativas, para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a eventual injustiça da lei, como seria totalmente desnecessário qualquer ato de criação do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria em si mesmo todas as soluções para os casos futuros” (Curso de processo civil, v. 1, p. 29).

¹⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 63.

¹⁹⁰ LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 60.

¹⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 56.

¹⁹² LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed., v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 22 citado por SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, 28-29.

Outra definição de jurisdição de grande repercussão entre os processualistas e relevante para o presente trabalho é apresentada por Francesco Carnelutti, cuja abordagem é objeto do próximo item.

8. A jurisdição como justa composição da lide (Francesco Carnelutti)

Segundo Francesco Carnelutti, a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicit ius* (diz o direito), razão pela qual não haveria jurisdição no processo executivo. A *lide* ou *litígio*, por sua vez, é definida como “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”;¹⁹³ enquanto *justa* é a composição que se dá “conforme ao Direito ou à equidade”.¹⁹⁴ Nas palavras do autor:

*[...] a composição será justa quando for conforme a regra que no processo se tende a aplicar e, por isso, conforme os casos quando seja conforme ao Direito ou à equidade. Por outro lado, a conformidade com a regra é, por sua vez, um juízo; por isso, a composição será justa enquanto seja julgada como tal, distinguindo-se, nesse sentido, da justiça individual e a social. Assim sendo, não resta dúvida de que a justiça a que se deve satisfazer a composição do litígio é esta segunda e não a primeira, ou seja, em outras palavras, que a conformidade da solução com a regra, tem de ser reconhecida pela opinião pública. Também esta verdade, se demonstra dedutiva e indutivamente; por outro lado, a que chamei virtude sedativa e difusora da composição não se exercita a não ser com a condição de que a sentença corresponda à opinião pública; por outro lado, as instituições processuais, especialmente algumas delas, mostram esta tendência a obter a conformidade com a regra, tal como possa ser reconhecida pela opinião pública.*¹⁹⁵

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 93.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 372.

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 372.

Ao processo destinado a compor o litígio por juízos de equidade, Carnelutti denominou processo dispositivo, uma vez que, inexistindo norma material regulando o caso, o juiz *dispõe* sobre o caso concreto, criando o direito.

Exatamente sobre a *justiça* na composição da lide, finalidade do processo e da jurisdição em Carnelutti, contrapôs-se Chiovenda, afirmando que Carnelutti confunde a finalidade imediata da atividade processual com seus “resultados remotos e possíveis, ou mesmo necessários:”

[...] Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei; se com a coisa julgada, se com atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é consequência e resultado da atuação da lei. Na realidade, o contraste pode não cessar efetivamente; mesmo, porém, quando cessa, tal não depende do fato de que se compôs o contraste (o processo é até a antítese da composição, nem o juiz ou o órgão da execução cuidam minimamente de compor um conflito), mas do fato de que a coisa julgada reduz a contradição à importância, e do fato de que os atos executivos úteis, satisfazendo por outra via a pretensão do credor, despojam de importância a insatisfação por parte do devedor. Enfim, se por ‘justa’ composição se entende a que é conforme à lei, resolve-se na atuação da vontade da lei; se, porém, se entende uma composição qualquer que seja, contanto que ponha termo à lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes.¹⁹⁶

Outros doutrinadores, a exemplo de Ovídio A. Baptista da Silva, criticam a definição de jurisdição apresentada por Carnelutti por centrar-se na finalidade do ato jurisdicional, e não no que ele é, ou seja, por definir o ato jurisdicional indicando “não o seu *ser*, mas a sua *função*.”¹⁹⁷

Enrico Tullio Liebman, por sua vez, entende complementares as definições de jurisdição de Carnelutti e Chiovenda.¹⁹⁸ Todavia, ousa-se discordar de tal posicionamento, pois, é possível perceber que, para Carnelutti, a jurisdição não se reduz

¹⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 66-67.

¹⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*, v. 1, p. 34.

¹⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 6-7.

à composição da lide. De fato, não se pode desprezar o esforço empreendido pelo insigne processualista italiano em distinguir função processual e função jurisdicional.

Partindo do sentido etimológico da palavra *jurisdição* (*iuris dictio* – dizer o direito), afirma Carnelutti que

*À luz do bom sentido, aparece indubitável que ius dicit não apenas o juiz quando e mediante a sentença decidir uma questão para compor o litígio, como também o legislador, quando formar uma lei e inclusive, por outro lado, os contratantes quando, a teor do art. 1.123 do Código Civil, façam do contrato lei entre eles. Em resumo, esse poder corresponde, não apenas ao juiz, como a toda a pessoa cuja declaração possua o caráter de fonte do direito.*¹⁹⁹

Mas a função jurisdicional, para o autor, somente não prescinde do processo, quando este *se desenvolve para a composição justa do litígio*.²⁰⁰ Logo, é possível processo sem jurisdição, a exemplo do processo de execução; bem como jurisdição sem processo, quando, por exemplo, o legislador e os contratantes dizem o direito. Assim, a função jurisdicional, embora seja espécie da função processual, não se reduz à atividade do juiz, destinando-se, também, a regular a posição dos indivíduos na vida em sociedade, uma vez que o contrato, conforme exemplo fornecido pelo próprio autor, normalmente não é celebrado para compor litígios.

Nesse aspecto, a noção de jurisdição apresentada por Carnelutti, aponta para o conceito de jurisdição elaborado por Rosemiro Pereira Leal - embora para este não seja possível jurisdição sem processo, o que também afasta a possibilidade de juízos de equidade para compor a lide, conforme será esclarecido no capítulo seguinte.

Com efeito, Rosemiro Pereira Leal, a partir de uma compreensão discursiva da democracia, assim entende a jurisdição:

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 222-223.

²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 373.

*A jurisdição não é a atividade jurídico-resolutiva e pessoal do juiz ou dos agentes do Estado, mas o próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática. Tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos, jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador-construtor (parte) e aplicador-julgador (juiz), sendo que ambos são figurantes da estrutura procedimental, que é o espaço democrático sempre aberto (direito de petição) de instalação estrutural do procedimento, da isonomia e da ampla defesa como direitos constitucionalmente fundados em nome do Processo institucional de discussão, afirmação e produção jurídica permanente.*²⁰¹

Ou, resumidamente, “JURISDIÇÃO é o atuar dos conteúdos da LEI ESCRITA no Estado, nas esferas do Executivo, Legislativo e Judiciário e, com vinculação plena, pelo JUÍZO (órgão-estatal de DIRIMIR DIREITOS).”²⁰²

Desse modo, a jurisdição, como atuação dos conteúdos da lei e, portanto, também exercida pelas partes, deixa de ser monopólio do Estado, desaparecendo o caráter substitutivo ressaltado por Chiovenda. É certo que essa definição não nega que ao Estado compete a função de reconhecer direito (CR/88, art. 5, XXXV). Esta função, porém, que há de ser exercida segundo os princípios fundamentais do processo, agora pode ser denominada judicacional ou judicial.

A definição apresentada por Rosemiro Pereira Leal mostra-se superior àquelas acima comentadas, pois, além de vinculada à teoria discursiva da democracia, preocupa-se em explicar o que é a jurisdição, e não a sua finalidade. Todavia, a jurisdição, ainda como atuação dos conteúdos da lei, não perde o caráter teleológico, ou seja, permanece ordenada à consecução de fins, regendo-se, assim, pela razão instrumental, o que será, a seguir, melhor demonstrado.

²⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 76.

²⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, 247.

9. O caráter instrumental da jurisdição

A jurisdição, como se adiantou, está ordenada à consecução de determinados fins, possuindo, portanto, caráter instrumental. Nesse sentido, leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

*[...] jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de 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.*²⁰³
(grifos nossos)

Eduardo J. Couture também ressalta que “*la idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin.*”²⁰⁴. E o fim da jurisdição, prossegue o autor, “*es asegurar la efectividad del derecho [...] el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales*”.²⁰⁵

Essa idéia de jurisdição como atividade essencialmente teleológica é, ainda, extraída de Chiovenda, para quem, como já mencionado, a jurisdição visa a atuar a vontade concreta da lei.

Dessarte, claro está que a jurisdição, destinando-se a atuação dos conteúdos da lei, tem caráter instrumental. Em consequência, como instrumento, a jurisdição possui as mesmas finalidades do direito cuja atuação se destina, seja ela qual for – “pacificação social com justiça (Carnelutti, Dinamarco), construção de uma sociedade que se rege por princípios (Dworkin) ou mesmo assegurar o exercício dos direitos sociais e

²⁰³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 83-84.

²⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 36.

²⁰⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 37.

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (CB, preâmbulo).”²⁰⁶

A jurisdição é, portanto, um instrumento. Já o processo não possui as mesmas finalidades da jurisdição e, embora esteja vinculado a uma estrutura técnica (procedimento), não se constitui com fundamento na racionalidade instrumental. O processo abarca uma racionalidade própria (contraditório), apta a legitimar o direito. É o processo, na atualidade, balizador da jurisdição.

²⁰⁶ MACIEL, Gabriel de Deus. A instrumentalidade técnica do processo. Belo Horizonte, 2004, 20 f. Monografia apresentada ao curso de Mestrado em direito da PUC/MG como requisito para conclusão da disciplina Técnica Processual. Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho, f. 14.

CAPÍTULO IV

O PROCESSO COMO BALIZADOR DA JURISDIÇÃO

10. Processo e procedimento vistos de um ponto de vista lógico (Fazzalari)

Elio Fazzalari, em sua obra intitulada *Istituzioni di diritto processuale*,²⁰⁷ atento ao discurso democrático instituído pelas constituições modernas, reelaborou o conceito de processo e procedimento, distinguindo-os sob o ponto de vista lógico (e não teleológico). O procedimento passa a ser visto como seqüência de atos preparatórios de um provimento estatal (ato final integrante da estrutura do procedimento), seja ele legislativo, administrativo ou judicial, entendendo-se por provimento todo ato do Estado destinado a provocar efeitos na esfera dos direitos dos cidadãos. Nas palavras do autor:

*Esclarecido isso, a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas (até a reguladora de um ato final, freqüentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.*²⁰⁸

O procedimento, portanto, como atividade disciplinada por estrutura normativa “composta por uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica”,²⁰⁹ não é um simples encadeamento de atos que possam ser manejados pelo autor do provimento. É o procedimento, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

²⁰⁷ A primeira publicação se deu em 1975. No Brasil, importante síntese dessa obra foi elaborada por Aroldo Plínio Gonçalves em *Técnica processual e teoria do processo*, publicada em 1992. Recentemente (março de 2006), a obra de Fazzalari foi publicada pela editora Bookseller, com tradução de Elaine Nassif da 8. ed. de *Istituzioni di diritto processuale*.

²⁰⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p. 113-114.

²⁰⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 102.

*[...] estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direitos, que se configura pela seqüência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental. De conseguinte, o procedimento é manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CR/88, está inscrito no art. 5, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato seqüente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do Procedimento. Por óbvio, o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas pelas condicionantes-lógicas dos princípios e institutos do Processo constitucionalizado.*²¹⁰

À propósito, Chiovenda já havia percebido a necessidade de que o procedimento atenda apenas ao modelo legal, e não ao voluntarismo do juiz:

*Grave problema de legislação processual está em se as formas devem ser determinadas pela lei ou se se deve deixar ao arbítrio do juiz regulá-las vez por vez ao sabor das exigências do caso concreto. Na maior parte das legislações prevalece o primeiro sistema, como o que maiores garantias oferece aos litigantes”.*²¹¹

Quando o procedimento contém, em sua estrutura, o contraditório, tem-se, para Fazzalari, o processo. É exatamente a presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes que definirá o processo. Logo, é o processo espécie do gênero procedimento, sendo certo que pode haver procedimento sem processo (quando inexistente a contenciosidade),²¹² jamais processo sem procedimento:

²¹⁰ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 107-108.

²¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 7. Todavia, em sentido oposto e em clara afronta ao princípio do devido processo legal, Cândido Rangel Dinamarco mostra grande entusiasmo com a possibilidade de o juiz criar o procedimento, tecendo os seguintes comentários sobre a Lei dos Juizados Especiais: “O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional.” E prossegue o autor ressaltando, em síntese, que tal liberdade criativa do juiz encontra justificativa no fato de tratar-se de um agente político do Estado e, portanto, portador do poder deste. Logo, “inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.” (A instrumentalidade do processo, p. 156).

²¹² Para Elio Fazzalari o procedimento legislativo é sempre processo: “Por isso, naquele debate, os interesses, as vocações, as ideologias expressas pelos parlamentares reproduzem [...] os interesses, as vocações, as ideologias dos cidadãos e dos vários grupos em que eles, por meio da escolha feita, se

*O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.*²¹³

Parece claro, portanto, que tanto o procedimento quanto o processo (enquanto procedimento realizado em contraditório) têm por finalidade preparar o provimento final.²¹⁴ Tal finalidade, que é jurídica, não se confunde com os fins da jurisdição, referidos à atuação das normas na solução do litígio. Daí o equívoco instrumentalista em sustentar que o processo tenha escopos metajurídicos (políticos, sociais, éticos) a serem realizados pelo juiz, único capaz de dizer onde prevalece o interesse social. Como bem adverte Aroldo Plínio Gonçalves, tais escopos dizem respeito às normas de direito material, únicas que criam direitos, poderes, faculdades e deveres no mundo objetivo, e das quais decorrerão os efeitos do ato final do procedimento:

Toda a polêmica questão dos escopos metajurídicos do processo deságua no Direito material. É o Direito material, construído ou reconstruído pelas partes em contraditório ao longo do procedimento, que é aplicado pelo juiz ao caso concreto submetido à sua apreciação. Na atuação deste Direito material é que se atenderá a ‘fins sociais’ ou a ‘exigências do bem comum’, conforme o determina o art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942). Nisto não há qualquer escopo metajurídico do processo, mas aplicação, como critério de julgamento, do Direito material, que deverá regular a espécie. Não poderá, porém, o juiz vagamente invocar ‘fins sociais’ da lei ou ‘exigências do bem comum’ sem uma precisa e detalhada especificação de quais sejam estes ‘fins sociais’ ou de qual seja o conteúdo daquilo a que chama de ‘bem comum’. É claro, mais que claro, que o

colocam. Assim é que também nos procedimentos em exame se contempla a participação em contraditório daqueles – os membros do parlamento – que, por um fenômeno de redução por meio de seleções, estão no lugar dos destinatários das leis, isto é, dos cidadãos. Trata-se, portanto, não de meros procedimentos, mas sim de processo. Aqui o processo confirma, se porventura for necessário, a sua essência de estrutura privilegiada para a gestão democrática de atividade fundamental e, portanto, de instrumento para a realização e para a salvaguarda das liberdades.” (Instituições de direito processual, p. 710).

²¹³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p. 118-119.

²¹⁴ Como observado por André Cordeiro Leal, é a visão do provimento estatal como ato normativo (legislativo, judicial ou administrativo) final de um procedimento ou processo (se desenvolvido em contraditório entre os interessados), ou seja, é a visão do processo como essencial à produção normativa em **todas** as esferas estatais, que permite a Fazzalari abandonar o critério teleológico (vinculado à visão do processo como relação jurídica a serviço da jurisdição) e adotar o que chama de critério lógico para a separação entre processo e procedimento (LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 90-91).

*contraditório permitirá que as partes influam na construção ou na reconstrução destes 'fins sociais' ou destas 'exigências do bem comum', mas tudo com os olhos posto no direito substantivo, e que irá reger a solução da lide. Dessarte, os escopos metajurídicos são eminentemente jurídicos e, mais, pertinentes não a normas de processo, e sim a normas de Direito material (civil, administrativo, do trabalho, tributário, comercial...). E, aqui, acaba o conflito...*²¹⁵

Convém, por fim, registrar que, com Fazzalari, o contraditório é valorizado, deixando de ser o simples dizer e contradizer, para caracterizar-se como garantia de participação, em simétrica paridade, daqueles sujeitos do processo que sofrerão os efeitos do provimento a ser imposto, cabendo ao juiz fazê-lo observar e observá-lo ele mesmo, submetendo à discussão das partes todos os elementos capazes de influir em seu convencimento, incluindo-se, aqui, as provas obtidas de ofício.²¹⁶

Diversamente do que apregoam os instrumentalistas, entre os quais Dinamarco,²¹⁷ não é possível a conciliação entre as teorias da relação jurídica ou instrumentalista e a teoria proposta por Fazzalari. De fato, apresentando-se o contraditório como liberdade garantida de participação, necessariamente afasta-se da teoria da relação jurídica entre pessoas, que pressupõe a existência de vínculos de subordinação entre os sujeitos do processo. Sobre o tema, esclarece Gonçalves:

*Os conceitos de garantia e de sujeição vêm de esquemas distintos, de momentos sociais distintos, de concepções distintas. Pela evolução do conceito de contraditório, a categoria da relação jurídica processual já não é logicamente admitida. Perante o contraditório, não se pode falar em relação de sujeição ou de subordinação; as partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do processo, de cuja preparação participam, e não ao juiz. A categoria da relação jurídica já não é própria para a concepção de processo centrada na garantia do contraditório, porque não é com ela compatível: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade garantida de participação*²¹⁸.

²¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 188.

²¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 120-124.

²¹⁷ Para Dinamarco, “[...] definir-se o processo mediante associação do procedimento ao contraditório, ou inserir-lhe no conceito a relação jurídica processual são apenas dois modos diferentes de ver a mesma realidade. São perspectivas diferentes, que não distorcem essa realidade nem se excluem reciprocamente, antes se complementam: a política (contraditório) não explica como se pratica e se garante a participação e a jurídica (relação processual) é pobre por não incluir qualquer fator teleológico e não oferecer meios para a solução de situações mais intrincadas e não previstas expressamente em leis (‘cegueira metodológica’)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 163).

²¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 193.

Não se nega aqui, por certo, que os adeptos da teoria da relação jurídica e de sua versão moderna (instrumentalista) valorizem o contraditório. Todavia, ao atribuírem escopos metajurídicos ao processo (sociais e políticos), autorizando, assim, que o juiz construa solitariamente sua decisão, ignoram que o princípio em comento requer mais que a simples oportunidade de manifestação das partes para justificar um ato imperativo do Estado: é necessário que as decisões efetivamente considerem os argumentos produzidos pelas partes, sob pena inconstitucionalidade (tema a ser abordado no item 12 deste trabalho).

É certo que, na teoria desenvolvida por Fazzalari, o contraditório aparece ainda como mera qualidade do procedimento, e não instituto de direito constitucional. Todavia, inegável sua superioridade em relação à teoria da relação jurídica (hoje instrumentalista), pois, ao estabelecer que o processo é garantia de decisões participadas, possibilitou “um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor.”²¹⁹ A decisão, assim, passa a ser previsível (segurança jurídica), porque necessariamente decorrente da argumentação das partes, e não das concepções do julgador do que seja “justiça”, “bem comum”, “paz social”. Nesse sentido, como observado por Gabriel de Deus Maciel, “já se tem, em Fazzalari, uma relação embrionária entre contraditório e fundamentação das decisões”.²²⁰

Com Fazzalari, inaugura-se, portanto, um novo marco para o desenvolvimento do direito processual, renovando-se sua concepção e seu objeto. De fato, a partir dos estudos do processualista italiano, o processo deixa de gravitar em torno da jurisdição, ganhando um campo autônomo de estudo. É a jurisdição, agora, que passa a ser

²¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 27.

²²⁰ MACIEL, Gabriel de Deus. *Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático*. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 73.

estudada a partir do processo, e não do ponto de vista do exercício do poder. A teoria do processo começa a refletir sobre a legitimidade das decisões, restando desde já claro que tal não se mostra possível pelo mero procedimento. Não sem razão afirma André Cordeiro Leal que Fazzalari é quem deveria ser apontado como fundador da Ciência do Processo na atualidade, uma vez que os estudos até então desenvolvidos sob a herança bülowiana limitaram-se ao aperfeiçoamento de técnica a serviço da atividade iluminada do julgador:

*Apesar das críticas que se poderiam opor à teoria fazzalariana, temos que o estudioso italiano poderia ser apontado como o fundador da Ciência do Processo da atualidade, porque, embora ainda vinculado à teoria da jurisdição como atividade estatal pelo julgador, torna-se **fundamental** à atividade jurisdicional a teoria jurídica do processo (ou de procedimento, quando não houver contraditório) como preparatório do ato (provimento) que determinará, **a partir do direito legislado vigente**, o restabelecimento de dada situação de fato à sua conformidade com o direito.*

*Isso implica o abandono, como já expusemos, de uma jurisdição a priori, ou seja, como poder que o juiz tem de dizer o direito, como poder ou como função estatal à qual o ordenamento atribuiria uma eficácia represada a exigir, apenas, um meio adequado ou técnica apropriada para fluir, e que garantisse, a partir do ato de criação do Estado, do sentimento dos juízes, ou de escopos meta-jurídicos, o mais alto grau de **violência realizante** possível.*

Por conseqüência, em Fazzalari, a rigor, sequer se poderia conceber uma jurisdição sem (ao menos) procedimento, porque o ato de dizer o direito é ‘provimentalizado’, sendo, assim, obrigatoriamente conduzido e balizado pelo Direito Processual.²²¹

A teoria desenvolvida por Fazzalari, marcando o “início da democratização do discurso processual,”²²² somada às contribuições fornecidas pela teoria constitucionalista do processo, permitem a Rosemiro Pereira Leal formular uma Teoria Neo-Institucionalista do Processo capaz de possibilitar a passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia e, assim, tornar possível a permanente construção,

²²¹ LEAL, André Cordeiro. Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2006. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, f. 96.

²²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 254

modificação, aplicação e fiscalização do direito democrático. Este trajeto, em linhas gerais, é objeto dos itens que se seguem.

11. Constituição e Processo

Posteriormente às contribuições prestadas por Fazzalari, com a constitucionalização de diversos institutos processuais, José Alfredo de Oliveira Baracho,²²³ no Brasil, e Hector Fix Zamudio, no México, iniciaram os estudos sobre a relação Constituição e Processo e, apenas recentemente, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera²²⁴ desenvolveram a teoria do modelo constitucional do processo, pelo qual o contraditório deixa de ser mero atributo do processo, passando a formar, ao lado de outros princípios (normas) expressos na Constituição um *modelo* de processo que deve ser observado em *todos os procedimentos preparatórios de atos imperativos do Estado*,²²⁵ sob pena de inconstitucionalidade. A partir de então, de acordo com Rosemiro Pereira Leal, fica explícito

*[...] que o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.*²²⁶

²²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, *passim*.

²²⁴ ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. Torino: G. Giappichelli, 1997, *passim*.

²²⁵ O modelo constitucional de processo, no Brasil, se estrutura a partir dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput*, e incisos XXXV, LV, LIII, LX, LVI, da CF/88, bem como a necessidade de participação do advogado e fundamentação das decisões, conforme previsto nos artigos 133 e 93, IX, da CF/88. Tais direitos compõem a cláusula do devido processo legal, garantida a todos como direito fundamental (art. 5º, LIV, da CF/88).

²²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 98-99.

Não obstante as relevantes contribuições para a compreensão da institucionalização dos direitos processuais e a influência que devem exercer na construção dos procedimentos infraconstitucionais (a idéia de expansividade dos princípios processuais expressos na Constituição), a teoria do modelo constitucional do processo não aborda a relação de dependência entre o processo e seus princípios. De fato, como o modelo constitucional do processo se estrutura a partir dos princípios positivados pela norma constitucional, pode ocorrer que, em determinado ordenamento jurídico, o contraditório ou a ampla defesa, por exemplo, não seja acolhido pela Constituição e, em consequência, não componha o modelo constitucional do processo.

Essa deficiência, porém, foi suprida pela teoria Neo-Institucionalista do Processo que, decorrente das preocupações de seu autor, Rosemiro Pereira Leal, com a construção de uma teoria constitucional do direito democrático, mostra-se apta a encaminhar uma teoria discursiva do direito.

De início, importante ressaltar que o termo instituição, nesta teoria, não tem o sentido sociológico apresentado por Guasp, podendo ser compreendida como agrupamento de institutos jurídicos, os quais, por sua vez, reúnem princípios, regras e normas afins que garantem à instituição autonomia teórica ou legislada. Os próprios princípios jurídicos específicos, quando “tendem a não viverem isolados, *mas teoricamente aglutinados* no núcleo de uma instituição do Direito”²²⁷ (grifos nossos), são chamados pelo autor de institutos jurídicos.²²⁸ Nesse sentido, o Estado, o povo, a cidadania, a soberania popular e o Processo guardam as características de instituições jurídicas. O processo, portanto, para o insigne processualista mineiro, tem como integrantes conceituais os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. Nesse sentido:

²²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*, p. 9.

²²⁸ Os caminhos percorridos pelo autor para chegar à noção de instituição que ora se demonstra estão expostos na obra de sua autoria denominada *Direito econômico: soberania e mercado mundial*, especialmente nas páginas 7 a 10.

[...] a palavra instituição em nossa teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou e Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que instituição não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.²²⁹

Neste ponto já é possível vislumbrar que os pressupostos do discurso aos quais faz referência Habermas constituem-se dos direitos fundamentais do contraditório, isonomia e ampla defesa. Tais princípios correspondem às exigentes condições que devem ser observadas pelos procedimentos de formação da vontade e da opinião políticas para que sejam evitadas as decisões (legislativas, administrativas e judiciais) arbitrárias, fazendo prevalecer a força do melhor argumento. É, assim, o devido processo constitucional que estrutura o espaço discursivo (espaço de testabilidade intra-normativa de pretensões de validade) apropriado ao exercício dos direitos fundamentais de participação (soberania popular) na criação, fiscalização e aplicação do direito, de modo a possibilitar a passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia.

Resta, assim, evidenciada a relação (lógica) de necessidade entre o processo e seus princípios institutivos, pois, para que a decisão (administrativas, legislativas e judiciais) possa ser compreendida como ato de responsabilidade de seus destinatários, indispensável que o procedimento que a prepare possibilite a efetiva participação dos interessados mediante a observância tanto do contraditório, como da ampla defesa e da isonomia. Isso porque, enquanto o contraditório, consistindo na “possibilidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos

²²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 99-100.

procedimentos”,²³⁰ impossibilita que o procedimento se revele meio inquisitivo de exercício do poder; a ampla defesa garante o espaço discursivo de participação dos interessados, propiciando-lhes a fiscalização dos argumentos que servirão de fundamento ao provimento; e a isonomia assegura a igual distribuição, entre as partes, do tempo necessário ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Nas palavras do autor:

*A teoria do processo que se institucionalize constitucionalmente pelos princípios jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia suprime a tensão entre republicanos e liberais à medida que a fiscalidade legitimante do ordenamento jurídico instalador do Estado democrático de direito se processualiza pelo direito-de-ação irrestrito, assegurado o contraditório como oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos procedimentos, bem assim a isonomia como princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural e a ampla defesa como direito ao contraditório em tempo isonômico indistintamente para todos.*²³¹

Com Rosemiro Pereira Leal, portanto, o processo deixa de limitar-se a mera função técnico-instrumental e passa a assumir papel decisivo na questão referente à legitimidade do direito e na teoria da democracia. É exatamente por sua vinculação a uma teoria da democracia – no que se distingue da teoria constitucionalista²³² –, que a teoria neo-institucionalista concebe o processo, por concretização constitucional, “como instituição regente e *pressuposto de legitimidade* de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”²³³ (grifos nossos). Aliás, na teoria neo-institucionalista, a própria

²³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 180.

²³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 180.

²³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 100: “*Infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo s; o é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade*”.

²³³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 102.

ordem constitucional, para ser legítima, pressupõe, na sua construção, balizamento pela principiologia do Processo constituinte.²³⁴

Desse modo, é a partir da teoria Neo-Institucionalista que se pode compreender a impossibilidade de exercício da jurisdição sem Processo, pois a atividade jurisdicional (atuação dos conteúdos da lei), no Direito Democrático, não mais se exerce em bases estatistas, mas por todos os sujeitos do processo.

As contribuições de Fazzalari a Rosemiro Pereira Leal, passando pela teoria constitucionalista, levaram André Cordeiro Leal a desenvolver uma renovada compreensão a respeito da fundamentação das decisões no paradigma democrático.

12. Contraditório e fundamentação das decisões: em busca da legitimidade decisória

No âmbito de aplicação do direito, para que os destinatários da decisão possam também reconhecer-se como seus autores, possibilitando sua aceitação racional e consciente, imprescindível que participem, em contraditório, tanto da reconstrução dos fatos como da determinação da norma a ser aplicada. Todavia, para efetivação dessa participação, insuficiente que se veja o contraditório como a “necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes”²³⁵ ou como a “possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.²³⁶

É o princípio do contraditório, segundo precisa lição de Rosemiro Pereira Leal, a base democrática do processo. Sem o contraditório, o processo transforma-se em meio

²³⁴ Daí entender Rosemiro Pereira Leal que os direitos fundamentais são os direitos já acertados por uma liquidez e certeza processualmente pré-decidas em bases procedimentais constituintes (coisa julgada constituinte), carecendo de execução judicial (a ser promovida pelo Ministério Público, na impossibilidade de o cidadão fazê-lo), com dispensa, portanto, de accertamentos cognitivos. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*, p. 23-31 e 78-86.

²³⁵ NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 132.

²³⁶ NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 132.

inquisitivo “em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes”.²³⁷ Logo, para que o contraditório possa efetivamente possibilitar a construção de decisões participadas e, assim, afastar decisões autocráticas, indispensável, conforme valiosa lição de André Cordeiro Leal, que seja ligado ao requisito da fundamentação das decisões de maneira que possa “gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões”.²³⁸

A própria noção de fundamentação é, assim, renovada, pois não mais satisfaz à exigência inserta no artigo 93, IX, da CR/88, que o juiz exponha o caminho percorrido por seu pensamento para chegar à decisão, ainda que esta tenha em conta “os fatos e circunstâncias constantes dos autos” (Código de Processo Civil brasileiro, art. 131) e resulte em aplicação de norma válida. Essencial, para que o contraditório não seja uma garantia inócua, que os fundamentos decisórios sejam buscados na argumentação das partes.

Assim, se compete às partes, e não ao juiz, a construção da racionalidade decisória, não sendo mais a decisão um ato isolado, padece de constitucionalidade, como já assentado por André Cordeiro Leal, o artigo 131 do CPC, ao permitir que o juiz aprecie livremente as provas, podendo valer-se, inclusive, de circunstâncias não alegadas, bastando que indique os motivos de seu convencimento (“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”):

A questão de fundo que é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, bastando que motive ‘racionalmente’ sua decisão, é exatamente a da própria ‘racionalidade’ decisional no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante mera indicação de textos legais e de fórmulas de que

²³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 111.

²³⁸ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 105.

*se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória.*²³⁹

Essa necessária vinculação da decisão ao procedimento foi também abordada por Rosemiro Pereira Leal:

*O provimento, nas democracias, não tem causa justificadora na convicção ou no talento do julgador, mas fundamento na estrutura formal (cartularizada) do procedimento. A sentença ou decisão há de ter seus fundamentos egressos da lógica procedimental formalizada e desenvolvida compartilhadamente pelos sujeitos do processo. Em direito processual democrático, a ausência dessa vinculação descaracteriza o conceito de fundamento decisório nas democracias a que alude o art. 93, inciso IX da CR/88. As leis são balizadores hermenêuticos das decisões, mas processualmente os argumentos fundantes são, nas democracias, inferentes (conceitos inferidos) da estrutura escritural do procedimento.*²⁴⁰

Desenvolvendo o tema, Gabriel de Deus de Maciel observa que, se o juiz deve decidir com base apenas no que foi objeto de debate entre as partes, tanto as questões referentes aos fatos, como a escolha da norma a ser aplicada estão sob responsabilidade das partes. Tal, porém, não impede que o juiz solicite a produção de alguma prova referente a alguma das alegações das partes, desde que se faça pelos meios legais, os quais devem submeter-se ao contraditório. O elemento de prova assim colhido passa a compor o procedimento, sujeitando-se à argumentação das partes.²⁴¹ Do mesmo modo, quanto à escolha da norma a ser aplicada, prossegue o talentoso processualista:

²³⁹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 104-105.

²⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 197-198.

²⁴¹ MACIEL, Gabriel de Deus. *Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático*. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 86.

Não tem mais lugar o iura novit curia ou o da mihi factum dabo tibi ius. Na própria seleção dos fatos, as partes já devem estar apoiadas em normas (isso também porque sua pretensão deve estar apoiada em norma prévia do ordenamento jurídico – é preciso indicar a causa de pedir próxima). Assim, as partes devem propor uma solução ao caso, a qual pretendem ver acolhida pelo juiz, solução essa que já deve levar em conta à completa descrição dos fatos e a coerência normativa. Alguma falha nessa construção, seja uma descrição parcial dos fatos ou a consideração unilateral de uma norma, abre espaço para uma objeção da contraparte (porque não considerar a circunstância x, que pode ser comprovada pelo meio de prova p, e que levaria a aplicação da norma n, a qual ainda não foi considerada). Por outro lado, não se veda ao juiz que suscite uma ‘terceira via’ (terza via), quer dizer, que indique a possibilidade de aplicação de uma outra norma não alegada pelas partes, desde que ele submeta ao debate dos interessados a norma que ele entende aplicável à situação. Excetuada essa hipótese, a terceira via fica proibida.²⁴²

Assim, a Teoria do Processo contemporânea substitui a esperança das partes de poderem influenciar a decisão (Luhmann), pela participação efetiva na construção da decisão.

Por fim, já assentada a finalidade do Processo no Estado Democrático de Direito, impõe-se uma revisitação ao princípio da instrumentalidade das formas que, para os defensores da *instrumentalidade do processo*, rege-se pelo princípio da economia processual (custo/benefício).

13. Instrumentalidade das formas e devido processo legal

A análise das nulidades varia de acordo com a finalidade que se atribua ao processo, o que facilmente se percebe pelas abordagens em torno do chamado princípio da instrumentalidade das formas.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a instrumentalidade do processo tem aspectos positivo e negativo. O primeiro “é caracterizado pela preocupação em extrair

²⁴² MACIEL, Gabriel de Deus. Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, f. 86-87.

do processo, como instrumento [da jurisdição/atividade do juiz], o máximo de proveito quanto a obtenção dos resultados propostos”²⁴³ (escopos sócio-político-jurídicos); enquanto o segundo corresponde à negação de que o processo seja um fim em si mesmo “e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir.”²⁴⁴ Desse entendimento também compartilham Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, os quais, com Dinamarco, afirmam:

*Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas a risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados.*²⁴⁵

De observar-se, todavia, que os mencionados doutrinadores estão comprometidos “com o método que se qualifica como *processo civil de resultados*”,²⁴⁶ que “consiste precisamente em uma adequação de seus instrumentos e suas técnicas aos objetivos a realizar”,²⁴⁷ os quais são sociais, políticos e jurídicos e, na verdade, dizem respeito a impactos patrimoniais, pois a concessão da tutela jurídica visa a proporcionar ao “litigante vencedor situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.”²⁴⁸ Daí ser possível afirmarem que o princípio da economia processual é informativo de todo o processo”.²⁴⁹

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 390.

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 390.

²⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 43.

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos processo civil moderno*, t. II, p. 733.

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos processo civil moderno*, t. II, p. 757.

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos processo civil moderno*, t. II, p. 755.

²⁴⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 25.

O princípio da economia processual é compreendido como “necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício”²⁵⁰ e “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.²⁵¹ Ou, nas lições do instrumentalista alternativo Rui Portanova:

A busca de processo e procedimentos tão viáveis quanto enxutos, com um mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro) e de esforço (para todos os sujeitos processuais), interessa ao processo como um todo e, por isso, compreende o que se convencionou chamar de princípio informativo econômico ou da economia processual. [...].

Indispensável é que o ator jurídico se incorpore em um clima de economia e racionalização de todo o processo.

*A economia processual pode ser analisada a partir de quatro vertentes, que mesmo não sendo absolutamente autônomas entre si, viabilizam: a) economia de custos; b) economia de tempo; c) economia de atos; d) eficiência da administração judiciária.*²⁵²

Não resta dúvida que esse princípio visa à sumarização cognitiva, encontrando intensa aplicação nas denominadas *pequenas causas* (pequenas porque são pequenos os valores em discussão), para as quais se adota o modelo procedimental previsto na Lei 9.099/95, pelo qual, em sendo “muito pequena” a causa (valor até 20 salários mínimos – art. 9, e seu parágrafo 1), dispensa-se o advogado (e, assim, dispensa-se a ampla defesa, uma vez que essa não se efetiva sem a participação do advogado das partes na estruturação de todos os procedimentos jurisdicionais – CR/, art. 133); dispensa-se o registro de elementos de prova (art. 13, parágrafo 3),²⁵³ impossibilitando as partes de

²⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 70.

²⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 70.

²⁵² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 24-25.

²⁵³ Essa informalidade, bem como a dispensa de relatório prevista no artigo 38 da mesma lei é vista por Dinamarco com entusiasmo, uma vez que o legislador percebeu que os juízes são, de fato, seres magnânimos. Nas palavras do mencionado instrumentalista: “[...] o sistema das pequenas causas brasileiras *captou o espírito de confiança no juiz e no que ele afirma e atesta* [...]” (grifos nossos) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos processo civil moderno*, t. II, p. 732). Todavia, cabe

“realizar a crítica e a aferição da própria racionalidade decisória;”²⁵⁴ enfim, dispensa-se o processo (como direito-garantia do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional) na construção dos provimento, em prol de uma rápida justiça do decisor, que atende a supostos “fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (art. 6). Assim, a decisão, porque construída solitariamente, é autoritária (exercício da violência na imposição da decisão). Compreensível a indignação de Rosemiro Pereira Leal:

*Por outro lado, excluir direitos fundamentais pelo valor monetário dito insignificativo da causa é transformar a atividade jurisdicional numa relação de consumo (Estado Liberal) em que o prestador do serviço manifesta seu desinteresse e desprezo pelo consumidor de menor ou nenhum potencial econômico.*²⁵⁵

A idéia de “mais economia ao processo”²⁵⁶ também inspirou as alterações do Código de Processo Civil brasileiro, entre as quais, “a mais genérica e festejada é a do novo art. 273”,²⁵⁷ embora já demonstrada sua inconstitucionalidade por afronta ao princípio constitucional da isonomia.^{258 259}

destacar que esse espírito de confiança no juiz, levando-o a ser o único responsável pela aplicação das leis, ajusta-se ao Estado autocrático, no qual se exclui a liberdade de participação do povo e sua responsabilidade na construção da sociedade democrática.

²⁵⁴ LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais civis (Lei n. 9.099/95). *Revista do Curso de Direito (Unicentro Isabela Hendrix)*, Belo Horizonte, volume 2, 2 semestre de 2003, p. 12-19.

²⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acordo do STF. *Boletim Técnico*, Belo Horizonte, volume 1, n. 1, jan. a jun. 2004, p. 76.

²⁵⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 29.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos processo civil moderno*, t. I, p. 312.

²⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*, p. 70.

²⁵⁹ Evidente que do mesmo defeito padecem as recentes Leis n. 11.276 e 11.277, ambas de 07.02.2006, pois impedem qualquer debate entre as partes sobre a aplicabilidade de normas (entendendo-se aqui a súmula como uma norma a ser aplicada). Nesse sentido, esclarece Gabriel de Deus Maciel: “*Sobre esse assunto [impossibilidade de um sistema democrático conviver bem com súmulas vinculantes], é preciso reportar às últimas alterações introduzidas no Código de Processo Civil pelas Leis n. 11.276 e 11.277, ambas de 7 de fevereiro de 2006. A primeira trouxe a canhestra previsão de uma sentença de improcedência do pedido (decisão de mérito), quando a questão for apenas de direito e já houver sido decidido outro ‘caso idêntico’ no mesmo sentido, sem a citação do réu. Obviamente essa alteração destruiu a discursividade nesses casos, seja por desconsiderar que não existem casos idênticos, seja por*

Nas hipóteses mencionadas há jurisdição, mas não há processo, pois a atuação dos conteúdos da lei se dá pela racionalidade solipsista do juiz. E a regularidade dos atos processuais passa a ser analisada por parâmetro econômico-financeiro, pelo qual o tempo é valorizado monetariamente. Em consequência, como o procedimento, na visão instrumentalista, é teleologicamente neutro (ou seja, não tem qualquer finalidade), é visto como simples formalidade que, pela incidência do princípio da instrumentalidade das formas, pode ser descartado para que se alcance, com rapidez, os resultados desejados. Urgente, porém, que se perceba que a concretização de decisões autoritárias não conduz a ganhos na eficiência do sistema democrático como um todo, mas à violação de direitos fundamentais do contraditório, isonomia e ampla defesa. É o que se extrai das lições de Rosemiro Pereira Leal, para quem:

*O princípio da economia processual não abrange, na modernidade, o conceito da redução das atividades processuais em violação ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. Não se trata do parâmetro econômico-financeiro do custo-benefício. No Estado Democrático de Direito não há cogitar resultados financeiros e econômicos pelo encurtamento da atividade processual ou na rapidez (celeridade) dos procedimentos para otimização dos custos do serviço público ou do pronto atendimento dos pleitos judiciais, pois a única vantagem buscada pela lei processual é assegurar, de modo irrestrito, o direito-garantia da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.*²⁶⁰

Assim, em tendo o processo jurisdicional (aqui entendido como instituto de direitos fundamentais - contraditório, isonomia e ampla defesa - balizador da atividade jurisdicional) a finalidade de garantir a participação das partes na preparação da sentença (de forma a afastar decisões apoiadas “na sensibilidade, no talento, na

substituir o debate em torno da coerência normativa por uma imposição decisória do juiz. Combinado a isso, a segunda das leis mencionadas subtraiu a possibilidade de qualquer discussão sobre a adequação de uma súmula ao caso particular ao vedar o recurso de apelação contra decisão fundada em súmula.” (Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais f. 90-91).

²⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 116.

clarividência, na ideologia e na magnanimidade dos juízes”),²⁶¹ a aplicação dos princípios da instrumentalidade e da economia processual deve estar subordinada a dois outros princípios: o da finalidade do ato e o da ausência de prejuízo.²⁶² Todavia, tanto a finalidade do ato como o prejuízo não podem ser medidos por parâmetro monetário, mas pela sua destinação dentro da estrutura procedimental, a qual, por certo, tendo em vista a finalidade do processo, importa em “inexistência de prejuízo na participação das partes.”²⁶³ Logo, o prejuízo processual, definido por Aroldo Plínio Gonçalves como “o entrave que impossibilita a participação das partes,”²⁶⁴ há de ser medido pelo nível de acatamento do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Pode-se concluir, portanto, que a instrumentalidade das formas não se rege pelo princípio da **economia processual** entendido como “necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio **custo-benefício**” (grifos nossos),²⁶⁵ mas pelo princípio do **devido processo legal**,²⁶⁶ que impõe a todo e qualquer procedimento a observância dos princípios constitucionais do processo.

14. O processo e a legitimidade da jurisdição: a possibilidade de uma racionalidade crítica no direito

²⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 236.

²⁶² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 57.

²⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 61.

²⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 62.

²⁶⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 70.

²⁶⁶ Sobre a definição de devido processo legal, destacam-se as lições de LEAL, André Cordeiro: “Se acatarmos que há um **devido processo constitucional** como matriz principiológica a vincular o exercício legítimo da jurisdição, o **devido processo legal** (entendo esse como necessária oferta de modelos procedimentais pela lei) só será observado se os modelos apresentados possibilitarem a efetiva participação das partes mediante observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na construção dos procedimentos” (A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistemas de provas dos juizados especiais cíveis (Lei n. 9.099/95), p. 17).

A construção de um direito que se permite questionar, que não seja mero instrumento de dominação (Weber), requer que se dê um significado ao processo de modo que ele garanta a problematização do próprio discurso normativo.

Do que se expôs ao longo deste trabalho, claro está que enquanto o processo esteve ligado à categoria privatista da relação jurídica, reduzido a instrumento da atividade do juiz, não permitiu a construção de um conceito de legitimidade propriamente jurídico, que não se confundisse com a eficácia.

Com efeito, inicialmente, falou-se em instrumentalidade do processo visando a ressaltar que o processo não poderia ser um fim em si mesmo e que a realização do direito material deveria prevalecer sobre suas formas. Essa idéia desenvolveu-se culminando na afirmação de que o processo “é um instrumento a serviço da paz social”,²⁶⁷ devendo, portanto, realizar escopos não só jurídicos, mas sociais e políticos, para que seja “capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa”.²⁶⁸ A efetividade do processo erige-se em lema, significando a rápida atuação da jurisdição (juiz) para promover resultados úteis. Todavia, como “paz social”, “justiça”, “ordem jurídica justa” - escopos do processo -, são idéias que não se decompõem (linguagem de fundo mítico), isto é, que não permitem crítica, não se chega a um conceito adequado de processo. Este permanece como um instrumento sem parâmetros, que não possibilita aos interessados dizerem o que é justo, o que é paz social (tarefa entregue a um “justiceiro”), acabando por surpreender as partes com as decisões que encaminha, as quais se impõe unicamente pela autoridade do julgador.

Todavia, com Fazzalari, restou evidente que o processo é uma concepção de direito que não acolhe a auto-suficiência de um direito material sociologicamente (culturalmente) pressuposto, mas destina-se à preparação, em contraditório entre as

²⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 42.

²⁶⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 43.

partes, do provimento final. A questão da justiça, dos escopos metajurídicos, foi, então, deslocada para o direito material, e este, por sua vez, perdendo seus avatares históricos por uma contemporaneidade de fundo humano-pluralístico, passou a depender do processo (procedimento legislativo) para garantir sua legitimidade.

Os progressos alcançados pela teoria do processo a partir de Fazzalari possibilitaram a uma teoria Neo-Institucionalista do Processo, por obra de Rosemiro Pereira Leal, o estabelecimento de uma matriz principiológica de regência procedimental, capaz de garantir a problematização da linguagem jurídica, afastando, desse modo, o autoritarismo dos significantes vazios. Torna-se, então, possível uma legitimação do direito propriamente jurídica (que se preocupa com os fundamentos que estão por trás das normas) através de uma racionalidade processual, em oposição a uma racionalidade voluntarista e solipsista, que concentrava no juiz a função decisória.

Com efeito, na medida em que o contraditório, a ampla defesa e a isonomia são elevados à categoria de garantias constitucionais, torna-se possível instaurar os parâmetros de arguição da própria linguagem jurídica, pela formulação (direito-de-ação) e refutação (contraditório) de hipóteses, formalizadas através de um *medium* procedimental, do qual resultarão os provimentos legislativos, administrativos e judiciais. Tem-se, assim, um espaço jurídico-discursivo que impede a colonização dos procedimentos de argumentação jurídica pelo dinheiro e pelo poder. Esse direito, que oferece seus fundamentos ao questionamento daqueles que sofrerão seus efeitos, seja no momento de sua produção, seja por ocasião de sua aplicação, é o que pode ser qualificado de democrático. A teoria do discurso, enquanto problematização da linguagem, viabilizou, através do Processo, a mediação teórica necessária para a construção dos alicerces de sustentação de um princípio da democracia habermasiano, segundo o qual os destinatários das normas podem também reconhecer-se como seus autores.

O Processo, na atualidade, supera a razão instrumental para estabelecer a crítica sobre o aparato técnico do direito, permitindo que o direito abandone a função de instrumento de dominação, para tornar-se instrumento de integração social.

CONCLUSÕES

1 – A institucionalização da racionalidade com respeito a fins, segundo Max Weber, levou a perda de sentido das tradições e da liberdade (típica de um mundo totalmente administrado pela monetarização e burocratização crescentes), o que exclui a possibilidade de integração social com base na solidariedade. Neste contexto, o direito não passa de instrumento de organização burocrática da dominação para garantir a manutenção da realidade social. Horkheimer e Adorno - seguindo a linha pessimista de Weber sobre o processo de racionalização - acreditando que o homem, em decorrência do desenvolvimento técnico, perdeu sua capacidade de crítica, entendem que o projeto de dominação já se completou, não havendo possibilidade de superar-se o impasse do paradoxo da modernidade de Weber.

2 – Habermas, confiando na possibilidade de evolução social e emancipação do indivíduo e da espécie humana, apontou a saída para o paradoxo de Weber: a introdução da razão comunicativa, voltada ao entendimento, no âmbito da teoria do direito, possibilita a libertação de um modelo de racionalidade justificador de uma forma de poder (dominação) que colonizava o mundo da vida. Assim, torna-se possível enfrentar o pluralismo social, bem como responder a questão da legitimidade através da institucionalização de procedimentos que assegurem as condições comunicativas para a formação, livre de coerções, da vontade e da opinião políticas. Mas, somente uma **teoria do processo** adequada ao paradigma democrático pode especificar quais são as rigorosas condições essenciais a esses procedimentos para que sejam evitadas as decisões arbitrárias, fazendo prevalecer a força do melhor argumento.

3 – No âmbito de aplicação do direito, para que os destinatários dos provimentos possam também se reconhecer como seus autores, como preceitua o princípio da democracia habermasiano, indispensável que possam concorrer para sua elaboração, o que, porém, não é viabilizado por um processo concebido como instrumento a serviço da jurisdição (atividade do juiz). Isso porque essa teoria (teoria do processo como relação jurídica entre pessoas), que foi criada com o objetivo de possibilitar o exercício do poder ilimitado de criação do direito pelos juízes, permite que as decisões sejam tomadas com base em critérios subjetivos, não testados internormativamente.

4 - Se o processo é um instrumento a serviço da jurisdição, idéia já anunciada por Bülow, decorre que ambos têm as mesmas finalidades. Para o *instrumentalismo* paulista, o processo tem valor apenas pelos resultados práticos (jurídicos e metajurídicos) que a tutela jurisdicional consiga proporcionar. Assim, o processo não pode dificultar ou embaraçar o exercício do poder (jurisdição), impedindo sua rápida atuação. Justifica-se, desse modo, a necessidade de constantes revisitações da técnica processual visando maior efetividade do processo (maior aptidão para alcançar os fins a que a jurisdição se destina), sendo certo que de tais revisitações têm aqueles processualistas concluído pela deformalização e agilização do procedimento e intensificação da atividade do juiz. Nesse contexto, o processo gravita em torno da jurisdição e serve à sua legitimação fática (a jurisdição depende do processo para que absorva a insatisfação das partes, passando-lhes a impressão (ilusão) de que possam influir no resultado da decisão). A afeição de tais doutrinadores aos vínculos de sujeição impede-lhes que estabeleçam uma distinção adequada entre processo e procedimento, o que lhes possibilitaria a construção de um conceito propriamente jurídico de legitimidade (que se preocupa com a fundamentação das normas).

5 – A jurisdição, quando considerada dentro de uma categoria de poder, não passa de exercício da violência, que só se legitima pela imposição fática de suas ordens e pela obediência dos súditos. A jurisdição, por isso, não pode ser considerada como atividade do juiz, mas como atuação dos conteúdos da lei. Assim, torna-se possível buscar uma fundamentação racional para o seu exercício, no âmbito dos órgãos funcionais do Estado.

6 – A jurisdição é atividade essencialmente teleológica, estando preordenada à consecução dos fins que a comunidade espera alcançar por meio do direito. A jurisdição é, portanto, um instrumento.

7 – Com Fazzalari, cujos estudos inauguram a Ciência do Processo, foi possível distinguir processo e procedimento do ponto de vista lógico: processo é o procedimento realizado em contraditório entre aqueles que sofrerão os efeitos do provimento (ato imperativo do Estado) na esfera de seus direitos. Fala-se, assim, em instrumentalidade técnica do processo: o processo seria um instrumento técnico (meio adequado) destinado à preparação participada dos provimentos estatais. Desse modo, o processo não mais gravita em torno da jurisdição, ganhando um campo autônomo de estudo. É a jurisdição, agora, que passa a ser estudada a partir do processo, e não mais do ponto de vista do exercício do poder. A teoria do processo começa a refletir sobre a legitimidade das decisões, restando desde já claro que tal não se mostra possível pelo mero procedimento. Após, com a teoria constitucionalista do processo, compreendeu-se que os direitos processuais devem estar positivados pela norma constitucional para que exerçam influência hierárquica na construção dos procedimentos da infraconstitucionalidade (devido processo legal).

8 – Rosemiro Pereira Leal propõe uma teoria Neo-Institucionalista do Processo, que se mostra apta a encaminhar uma teoria discursiva do direito. Isso porque o **processo** é concebido como conjunto de institutos principiológicos de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório e isonomia) regente das estruturas procedimentais, capaz de garantir a discussão crítica da própria linguagem jurídica. Quando o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são elevados à enunciação jurídico-normativa de garantias constitucionais, torna-se possível instaurar os parâmetros de arguição da linguagem jurídica, pela formulação (direito-de-ação) e refutação (contraditório) de hipóteses, formalizada através de um *medium* procedimental, do qual resultarão os provimentos legislativos, judiciais e administrativos. Esse direito que submete seus fundamentos à crítica daqueles que sofrerão seus efeitos, é o que pode ser qualificado de democrático e constituir-se em instrumento de integração social. É com Rosemiro Pereira Leal, portanto, que o Processo deixa de limitar-se a mera função técnico-instrumental e passa a assumir papel decisivo na questão referente à legitimidade lingüístico-normativa de significância (geração de sentido hermenêutico) do direito a orientar a proposição de uma teoria da democracia.

9 – André Cordeiro Leal, partindo das contribuições da teoria Neo-Institucionalista do Processo demonstrou que, para que sejam evitadas as decisões autocráticas, necessário o entrelaçamento do princípio do contraditório com a fundamentação da decisão, de modo que os fundamentos decisórios sejam buscados na argumentação jurídico-internormativa das partes. Dessa forma, competindo às partes, e não ao juiz, a construção da racionalidade decisória, substituiu-se a legitimação pela ilusão de participação (Luhmann), por participação efetiva na preparação dos provimentos.

10 – A regularidade dos atos processuais afere-se pelo preenchimento de sua finalidade dentro da estrutura procedimental, a qual se destina a garantir a participação das partes na preparação da sentença. O prejuízo não se mede por critérios financeiros (custo/benefício), mas pelo grau de acatamento dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia (devido processo legal), como ganho sistêmico de implementação de direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

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

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

BONAVIDES, Paulo. *Cursos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

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*, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan.-fev. 2002.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. A efetividade do processo no Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte, 2003, f. 103. Dissertação (Mestrado em Direito – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito).

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, 3 v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. apml. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria, 2004.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

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

DUARTE, Rodrigo. *Adorno/Horkheimer e a dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002 (Coleção Filosofia passo-a-passo).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

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

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Rodney Nascimento. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: *Introdução à Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais civis (Lei n. 9.099/95). *Revista do Curso de Direito (Unicentro Isabela Hendrix)*, Belo Horizonte, Volume 2, 2 semestre de 2003, p. 12-19.

LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico: [Escola de Advocacia da OAB-MG]*, Belo Horizonte, v.1, n. 1, jan./jun. 2004, p. 59-80.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização constitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. I. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUISI, Luiz. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Ed. Sérgio A. Fabris, 1993.

MACIEL, Gabriel de Deus. A instrumentalidade técnica do processo. Belo Horizonte, 2004, 20 f. Monografia apresentada ao curso de Mestrado em direito processual da PUC/MG como requisito para conclusão da disciplina Técnica Processual. Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho.

MACIEL, Gabriel de Deus. Teoria do processo e legitimidade decisória: discurso de aplicação e argumentação de adequabilidade no direito democrático. Belo Horizonte, 2006, 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

MARQUES, José Frederico. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Luiz. Direito, procedimento e racionalidade. In: Moreira, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy Editora, 2004. Cap. V, p. 177-200.

NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PETERS, Michael, *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. WEBER. In: _____; _____; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um Toque de Clássicos: Marx, Durkheim, Weber*. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Cap. 3, p. 107-147.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. rev. e atual., v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas: a desconstrução de uma teoria*. São Paulo: Germinal, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 18. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In COHN, Gabriel (org.). *Weber*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1991, p. 128-141.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2001. 224 p. (Coleção A obra-prima de cada autor).