

KAROL ARAÚJO DURÇO

**TENSÕES ENTRE DISCURSIVIDADE E
EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL:
*APLICAÇÃO DA CONTRAPOSIÇÃO HABERMASIANA
ENTRE RAZÃO INSTRUMENTAL E RAZÃO
COMUNICATIVA AO DIREITO***

VITÓRIA
Universidade Federal do Espírito Santo
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

KAROL ARAÚJO DURÇO

**TENSÕES ENTRE DISCURSIVIDADE E
EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL:
*APLICAÇÃO DA CONTRAPOSIÇÃO HABERMASIANA
ENTRE RAZÃO INSTRUMENTAL E RAZÃO
COMUNICATIVA AO DIREITO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR UFES, como um dos requisitos para obtenção do Título de Mestre em Direito Processual sob a orientação do Prof. Dr. José Pedro Luchi.

VITÓRIA
Universidade Federal do Espírito Santo
2008

Dedico:
aos meus pais Sara e Francisco;
aos meus sogros Ângela e João José;
e a minha namorada Dandara.

Agradeço:
ao inesquecível Mestrado em Direito da
UFES, professores, alunos e grandes amigos; e ao
Prof. Dr. José Pedro Luchi pelos valiosos ensina-
mentos filosóficos e pelo exemplo de vida.

Muito obrigado!

Apoio:
Este trabalho contou com o apoio financeiro da FAPES/
FUNCITEC, dos quais obtive bolsa de estudo.

RESUMO

No contexto de hipercomplexidade do mundo contemporâneo torna-se cada vez mais difícil pensar uma ciência de maneira isolada. O saber científico exige, em uma relação dialética, ao mesmo tempo especialidade e elasticidade. Em outras palavras, necessita um conhecimento profundo de uma parte pequena e específica de uma ciência ao mesmo tempo em que reclama o conhecimento de todo o contexto em que se insere tal parte. Esta difícil tarefa de uma dialética entre profundidade (a parte) e abrangência (o todo) gera, do mesmo modo, fortes reflexos no direito e no processo, principalmente em um momento em que se questionam muitos dos tradicionais fundamentos sobre os quais se fundava a ciência jurídica. Assim, ultrapassando a modernidade, sem, contudo, desvalorizar suas grandes conquistas, é preciso também ultrapassar a inadequação de um positivismo jurídico fechado, vendo o direito e o processo como um sistema aberto, que necessita e se serve de outros ramos científicos. Sob esta perspectiva, partindo de um estudo sobre o processo de racionalização ocidental, de matriz greco-romana, contrapõem-se, ao final, a racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa, demonstrando suas relações com os âmbitos pragmático, ético e moral em que atua o direito, revelando-se, ainda, a necessidade de eficácia e discursividade tanto para a legitimidade de estabelecimento das normas através de um processo legislativo (discurso de fundamentação), quanto por meio de um processo judicial (discurso de aplicação). Nesse contexto, sempre enquadrando as transformações e reformas empreendidas no direito processo civil, ingressa-se em um estudo de uma das questões essenciais do direito processual: como equacionar segurança jurídica e efetividade. Como propostas de equacionamento investigar-se-ão, ainda, os movimentos da instrumentalidade do processo e da constitucionalização do processo, tudo sob o prisma do estabelecimento das premissas necessárias a real afirmação de um Estado Democrático Constitucional-deliberativo de Direito e valendo-se do pensamento habermasiano.

Palavras-Chave: Processo civil, comunicatividade (discurso) e instrumentalidade (eficácia).

SUMÁRIO

1 Introdução	08
2 A contraposição entre racionalidade estratégica e racionalidade comunicativa e sua aplicação ao direito processual	11
2.1 Razão e racionalização: da objetividade Clássica à virada subjetivista Moderna ..	11
2.2 A “virada lingüística”: a linguagem como médium universal e intranscendível	17
2.3 Ação estratégica e ação comunicativa	23
2.4 Racionalidade estratégica e racionalidade comunicativa: a necessidade de uma contraposição.....	26
2.5 A aplicação dessa contraposição ao direito e ao processo.....	34
3 Discurso (racionalidade comunicativa) e eficácia (racionalidade estratégica): características inerentes ao direito processual.....	40
3.1 Discurso e eficácia.....	40
3.2 Discurso e eficácia no direito.....	41
3.3 Discurso e eficácia no direito processual.....	45
4 Os três âmbitos de validade do direito: uma decorrência das racionalidades comunicativa e estratégica e suas conseqüências para o processo.....	52
4.1 A moral, a ética e a pragmática	53
4.2 A complexidade das normas do direito.....	59
4.3 As conseqüências da complexidade para o processo	63
5 O problema fundamental do direito processual: a necessidade de equacionar segurança jurídica e estabilidade social de um lado; correção e efetividade de outro	82
5.1 Segurança jurídica e estabilidade social.....	86
5.2 Correção e efetividade.....	89
5.3 O entrelaçamento dessas categorias	93
6 Propostas de equacionamento.....	96

6.1 <i>A instrumentalidade do processo: uma expressão da eficácia (racionalidade instrumental)</i>	96
6.1.1 <i>Da autonomia a instrumentalidade</i>	96
6.1.2 <i>Os escopos do processo: imperativos à efetividade</i>	101
6.1.3 <i>As limitações da instrumentalidade</i>	105
6.2 <i>A constitucionalização do processo: uma virada discursiva rumo ao equilíbrio (racionalidade comunicativa)</i>	110
6.2.1 <i>Os três modelos de juiz</i>	114
6.2.2 <i>O formalismo valorativo</i>	124
6.2.3 <i>A dimensão tópico-problemática</i>	130
6.2.4 <i>A democracia deliberativa e a cooperação processual</i>	138
6.2.5 <i>Direito processual e direito material: uma aproximação no interior da moldura constitucional</i>	145
6.3 <i>A racionalidade prática procedimental do processo: uma necessária aplicação da comunicatividade e da estratégia</i>	151
7 <i>Considerações Finais</i>	158
8 <i>Referências Bibliográficas</i>	161

1 Introdução

Buscando um enquadramento filosófico para o direito processual em um modelo de Estado Democrático-deliberativo, ao mesmo tempo em que se investigam os pontos de contato entre teoria e prática, inicia-se o presente estudo desenvolvendo uma investigação do processo de racionalização do mundo ocidental.

Para tanto, parte-se da clássica passagem do mito ao *logos* ocorrida na Grécia Antiga, momento em que, abandonando um pensamento místico-intuitivo, fundado na divindade, ingressa-se em um modelo racional-dedutivo de explicação do mundo e dos fenômenos que o cercam. Nesse quadro, o homem tem de adequar-se às leis do cosmos, pautando seu agir em uma razão que transcende o próprio homem, da qual a razão humana seria apenas uma parte e sempre dependente. O homem é visto como pertencente a um todo de forma objetiva, já que é na objetividade e unidade do todo que se deve fundamentar a subjetividade de cada uma das partes que o compõe.

Em um segundo momento, observa-se a transposição desta razão objetiva clássica, uma vez que é fundada no “ser” das coisas, para uma racionalidade subjetiva moderna, já que centrada no homem, o qual passa a ser considerado o centro de todas as coisas. Passa-se de uma razão fundada no cosmos para uma razão fundada na liberdade e na vontade humanas, por outras palavras, de uma visão cosmocêntrica clássica para uma visão antropocêntrica moderna.

Porém, esta razão fundada em si mesma, já que vinculada a uma vontade livre, acabou por desvirtuar-se em uma pura racionalidade instrumental, a qual, além de servir de fundamento para transformar o ambiente natural em prol do bem estar humano, acabou por esvaziar os processos próprios de interação humana, promovendo, desse modo, uma instrumentalização (coisificação) do homem. Em tal quadro, a sociedade, cuja base é lingüística, começa a sofrer um contínuo processo de desintegração e fluidificação das instituições que a sustentam, jogando gradativamente sobre o direito o peso de toda coesão social. Nesse ponto ainda se evidencia, sobremaneira, a incapacidade da razão instrumental de fundamentar e coordenar as relações sociais e a esfera pública, momento em que pela chamada “virada lingüística”, promove-se uma (re)valorização da racionalidade comunicativa.

Assim, preparadas as bases pela Teoria Crítica da Escola de Frankfurt que buscou estirpar a razão instrumental, Habermas introduz seu conceito de racionalização que busca equacionar instrumentalidade e comunicatividade, porém, com campos de atuação bem definidos, ou seja, enquanto a razão instrumental cuida da ciência e da técnica (âmbito do trabalho); a razão comunicativa cuida das relações humanas (âmbito da interação). Sendo, pois, imperativos da racionalidade instrumental a eficácia e a efetividade; e da racionalidade comunicativa o discurso e o entendimento mútuo.

Nesse contexto, o direito, mecanismo de estabilização da sociedade já que cristaliza as expectativas de comportamento, reivindica tanto discursividade quanto eficácia. Note-se que ao mesmo tempo em que necessita legitimar-se, o que só é possível a partir do discurso, o direito deve ser meio efetivo para o cumprimento dos objetivos e escopos sociais e políticos instituídos, pela vontade de todos, ante ao estabelecimento de uma Constituição Jurídico-Estatal. Ademais, o direito não regula apenas o âmbito do trabalho (ciência e técnica), mas também o âmbito da interação humana (relações sociais). Diga-se o mesmo do direito processual, que enquanto instrumento de efetivação do direito material e dos valores constitucionais, deve também legitimar sua aplicação pelo reconhecimento das decisões por parte dos jurisdicionados, de forma que todos aqueles que participam do processo judicial sintam-se, ao mesmo tempo, destinatários e co-autores do provimento sentencial.

Fixadas tais premissas, coube, igualmente, tratar dos diversos âmbitos de atuação do direito, uma vez que possuindo como função primordial manter a coesão social, somente o direito possui uma linguagem capaz de realizar uma ligação dos diversos âmbitos e sistemas existentes na sociedade, pelo que é uma verdadeira dobradiça que conecta, articuladamente, as partes do todo social. Atua, dessa forma, não apenas sob uma perspectiva moral, mas também sob as perspectivas ética e pragmática. No âmbito pragmático, referente à ciência e à técnica e a todas as relações meio-fim, o direito regula a economia e a administração; no âmbito ético, que diz respeito às preferências de uma dada sociedade, o direito regulamenta as relações locais e costumes sociais; no âmbito moral, referente ao universal, o direito normatiza os direitos fundamentais, a soberania popular e as relações entre os povos. Disso deflue, porém, que o discurso jurídico também se encontra permeado por argumentos provenientes de todos os referidos âmbitos, denotando sua complexidade, a qual é ainda mais agravada no discurso processual que se atrela de forma mais rígida ao direito vigente, dependendo de intensa carga

de argumentação para afastar uma norma positivada, que é um referencial forte no discurso de aplicação do direito.

Nesse quadro de grande complexidade, que além de decorrer da amplitude de atuação do direito é contemporaneamente agravada por uma intensa diversificação e ampliação de conflitos e, ainda, por uma verdadeira explosão legiferante, apresentam-se as principais reformas empreendidas no Código de Processo Civil desde o início dos anos noventa, realizando breves apontamentos sobre várias delas.

Em seguida, explicitando aquele que se acredita ser o problema fundamental do direito processual hodierno, qual seja: equacionar segurança jurídica de um lado e efetividade de outro, aponta-se para um alinhamento da segurança jurídica enquanto vinculada à estabilidade social e da efetividade como elemento componente da correção da decisão, que por sua vez exige legitimidade.

Esboçado o problema, cuida-se de estudar os dois últimos grandes movimentos da processualística brasileira, enquanto propostas para o seu equacionamento. Nesse sentido, em um estudo da instrumentalidade do processo, apresenta-se seu alinhamento a um modelo de Estado Social-prestacionista de Direito, sendo movimento de inspiração intimamente vinculada à racionalidade instrumental e à eficácia e, portanto, reducionista da complexidade jurídico-processual. Posteriormente, trazendo a recente proposta de uma visão constitucional de processo, verifica-se tratar de um movimento mais atinente ao Estado Democrático de Direito, sendo capaz de lidar com a necessidade de eficácia e de discursividade, que são características inerentes ao direito processual, já que se pauta pelos ditames constitucionais processuais, participação, pluralidade de idéias, isonomia, direitos fundamentais etc. Cabe agora, pois, desenvolver todas estas idéias prenunciadas.

2 A contraposição entre racionalidade estratégica e racionalidade comunicativa e sua aplicação ao direito processual

2.1 Razão e racionalização: da objetividade Clássica à virada subjetivista Moderna

Em um panorama histórico do surgimento e do desenvolvimento do modelo de racionalidade ocidental, verifica-se uma grande quantidade de concepções e enfoques dados à razão desde a Antiguidade Clássica. Contudo, todas estas concepções e enfoques, de uma forma ou de outra, visavam conferir ou descobrir um ancoramento sólido sobre o qual a razão pudesse se fundamentar.

Assim, desde a Grécia antiga, nos primórdios da matriz do pensamento ocidental, diversos pensadores já se ocupavam dessa investigação.

Nesse contexto, a passagem do *mito* ao *logos*, primeira reviravolta histórica da compreensão de razão, ocorrida na Grécia Antiga, revela a transposição de uma concepção intuitiva, baseada na divindade e nas tradições, para uma concepção dedutiva, objetiva e de caráter analítico na qual a razão funda-se no esforço de compreender, justificar e ordenar a natureza trazendo para si o dever de explicar o mundo.

Vale explicitar, ainda, alguns pontos dessa passagem. Segundo Jean-Pierre Vernant, o *mito*, mais do que um relato ou narrativa, revela uma tradição; é, verdadeiramente, um fato social, obra do espírito humano e manifestação de uma civilização¹. Trata-se, no entanto, de um modo de conhecimento intuitivo uma vez que é desprovido de método. Um conhecimento, pois, que independe do rigor científico e que não é decorrente de investigações, análises ou pesquisas. É antes um saber envolvido por sentimentos e crenças. Portanto, o *mito* relaciona-se a algo concreto, casual e de manifestação ritual; ao passo que o *logos* possui pretensão de abstração, universalidade, coerência e necessidade. Segundo Habermas, “o pensamento unitário da filosofia idealista rompe com o concretismo desta visão de mundo”² (visão

¹ VERNANT, Jean Pierre. *Mito e Pensamento entre os Gregos: Estudos de Psicologia Histórica*. Tradução Haiganuch Sarian. São Paulo: DIFEL/EDUSP, 1973.

² HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 39.

mítica). O *mito* é um mecanismo de representação da realidade através de imagens e símbolos, é sempre uma incógnita, uma forma de dizer tudo revelando muito pouco, enfim, uma metáfora; ao passo que o *logos* possui pretensão de construir um sistema de pensamento que fosse capaz de atingir uma verdade científica. Para Nietzsche “O mito não encontra, de maneira nenhuma, adequada objetividade no discurso”³. Vale destacar, porém, que a passagem em questão não é aqui encarada no sentido de desvalorizar o *mito*, mas somente na direção de definir as diferenças de um sistema de saber casual daquele científico⁴.

Para Habermas a passagem do *mito* ao *logos* é evidenciada na concepção metafísica⁵ de uno e múltiplo, segundo a qual o múltiplo se reproduz ordenadamente enquanto fundamentado pelo uno, que representa o todo do qual tudo pode ser racionalmente deduzido. Assim, “O uno e o todo resultam de um esforço heróico do pensamento: o conceito do ser surge no momento da passagem do nível conceitual da narrativa para o do esclarecimento dedutivo que segue o modelo da geometria”⁶. Vale dizer, ainda sobre os trilhos dos ensinamentos de Habermas, que para Platão a ordem fundadora da unidade, a essência dos fenômenos, é de natureza conceitual, embora a idéia platônica não constitua “um conceito puro, nem uma imagem pura, mas aquilo que dá a forma”⁷ à pluralidade concreta.

Portanto, uma vez que a visão mítica de mundo já não satisfazia mais o aguçado e questionador olhar racional do homem, foi através de um processo de matematização do mundo, compreendendo-se as categorias do espaço e tempo e desvendando-se, por um

³ Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Origem da Tragédia*. Lisboa, 1972. Obj de citação p. 128.

⁴ Sobre a consistência e estabilidade do mito conferir Lévi-Strauss, C. *Antropologia Estrutural*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Obj. de citação p. 241: “Um mito diz respeito, sempre, a acontecimentos passados: ‘antes da criação do mundo’, ou ‘durante os primeiros tempos’, em todo caso ‘faz muito tempo’. Mas o valor intrínseco atribuído ao mito provém de que estes acontecimentos, que decorrem supostamente em um momento do tempo, formam também uma estrutura permanente. Esta se relaciona simultaneamente ao passado, ao presente e ao futuro”. E, ainda, Malinowski, para quem: “O mito não é uma simples narrativa, nem uma forma de ciência, nem um ramo de arte ou de história, nem uma narração explicativa. O mito cumpre uma função *sui generis*, intimamente ligada à natureza da tradição e à continuidade da cultura. [...] A função do mito é, em resumo, a de reforçar a tradição e dar-lhe maior valor e prestígio, unindo-a a mais alta, melhor e mais sobrenatural realidade dos acontecimentos iniciais. Cada mudança histórica cria uma mitologia, que é, todavia, só indiretamente relativa ao fato histórico”. (traduziu-se) Malinowski, B. *Myth in Primitive Psychology, Magic, Science and Religion*. New York, 1955. Obj de citação p.146.

⁵ O pensamento metafísico é aqui encarado no sentido habermasiano que o caracteriza como “[...] um idealismo filosófico que se origina em Platão, passando por Plotino e o neo-platonismo, Agostinho e Tomás, Cusano e Pico de Mirandola, Descartes, Spinoza e Leibniz, chegando até Kant, Fichte, Schelling e Hegel”. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 38.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 39.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 40.

modelo científico dedutivo-analítico, os fenômenos naturais que foi abandonada a idéia de uma fundamentação mítico-intuitiva da razão; passando-se a uma fundamentação dedutivo-analítica, centrada na totalidade do cosmos. O pensar se desloca da concretude do cotidiano e da vida de cada indivíduo para ir rumo ao “ser” (mundo das idéias).

Desse modo, a razão Clássica está fundada em uma concepção objetivista, a medida que deve ser extraída do “ser” das coisas, sendo este representado pelo uno e o todo. Nesta perspectiva a verdade não se encontra na parte, mas no todo. Destarte, também o homem deve adequar-se às leis do cosmos, deve reger-se segundo uma razão que transcende o próprio homem, da qual a razão humana seria apenas uma parte e sempre dependente. O homem é visto enquanto pertencente a um todo e este é o sentido da objetividade que se enuncia, já que é na objetividade e unidade do todo que se deve fundamentar a subjetividade de cada uma das partes que o compõe. Tal perspectiva pode ser resumida como a visão cosmocêntrica grega.

No renascimento, porém, esta equação se altera ante o surgimento de uma fundamentação subjetiva da razão, o que se pode caracterizar como uma verdadeira virada subjetivista do processo de racionalização do mundo ocidental.

Segundo a perspectiva Moderna, ao contrário da idéia Clássica, a razão passou a ser fundada no próprio ser do homem e não mais na totalidade do cosmos. Por outras palavras, passa-se de uma concepção de razão fundada no modo de funcionamento do mundo, do qual o homem fazia parte, para uma concepção em que a compreensão do mundo já depende de algo exclusivo do homem: sua razão, sendo esta considerada como a capacidade de entendimento e discernimento própria da espécie humana.

Passa-se a acreditar que não existe razão fora do homem e que cada indivíduo deve buscar o seu modo de pensar e agir em si mesmo, seja pela face teórica, seja pela face prática de sua razão. Dessa forma, o pilar máximo da autoconsciência Moderna assenta-se, definitivamente, a partir do “cogito cartesiano” e da “figura da consciência de si absoluta” de Kant⁸. A subjetividade passa a ser o critério de validação e justificação da Modernidade⁹.

⁸ “O pensamento da idade Moderna, que tem como pontos de referência Descartes e Kant, coloca o Sujeito como fundamento sobre o qual se pode estruturar cognitivamente a realidade e proceder a sua plasmação racional-prática. Contra a mera continuidade da tradição e a acentuação da passividade cognitiva afirma-se a liberdade do sujeito autônomo que se auto-põe, liberdade que deve ser socialmente implementada num horizonte universalista. Eis, em poucas palavras, o núcleo da Filosofia da Consciência, como é emblematicamente impostada em Kant”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão*

Nesse quadro:

As substâncias ideais transformam-se nas determinações categoriais de uma razão produtora. Pouco importa que a razão seja acionada *de modo fundamentalista*, na qualidade de uma subjetividade que torna possível o mundo em geral, ou que seja compreendida *dialeticamente* como um espírito que caminha através da natureza e da história, recuperando-se no final – em ambas as variantes a razão surge como uma reflexão, ao mesmo tempo totalizadora e auto-referente¹⁰.

Para Manfredo Araújo de Oliveira:

A Modernidade emerge como a ruptura entre o homem e o Todo, o que provoca uma inversão da situação anterior: ao invés de o homem experimentar o sentido a partir do Todo maior, a natureza, agora, aparece como destituída de qualquer sentido e o homem como a fonte última de sua determinação. Com esta reviravolta, surgiu a ciência Moderna, através da qual o homem articula o sentido de tudo e tenta impô-lo, por sua ação, ao real¹¹.

Habermas destaca que estes “tempos modernos” ou “novos tempos” tiveram seu aflorar pela “[...] descoberta do ‘Novo Mundo’ assim como o Renascimento e a Reforma, os três acontecimentos por volta de 1500, constituem o limiar histórico entre a época Moderna e a Medieval”¹². E, ainda, sobre a passagem para subjetividade afirma: “Os acontecimentos-chave históricos para o estabelecimento do Princípio da Subjetividade são a Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa”¹³.

Desse modo, através de tais marcos, é didaticamente possível se observar uma sinalização da transição a um antropocentrismo (visão antropocêntrica Moderna), fundado na estrutura subjetiva, a partir da qual tudo passa a ser pensável. Em uma análise dos ensinamentos habermasianos, Manfredo Araújo de Oliveira¹⁴ aponta como característica central da Modernidade a virada paradigmática que arquiteta a substituição da razão objetiva fundada na

do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 07.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Obj. de ref. pp. 28-29.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 41.

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Tópicos sobre dialética*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. Obj. de citação p. 204.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Obj. de citação p. 09.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Obj. de citação p. 26.

¹⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Teoria da ação comunicativa e teologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, nº. 138, pp. 109-132, jul.-set. 1999.

natureza (cosmos) e na história da salvação por uma razão subjetiva, fundada na liberdade e na vontade do sujeito.

Pode-se dizer, pois, que a Modernidade busca afirmar-se a si mesma, já que a razão, voltando-se sobre si, realiza uma autofundamentação, o que nos ensinamentos de Habermas é destacado do seguinte modo: “A Modernidade vê-se referida a si mesma, sem a possibilidade de recorrer a subterfúgios. Isto explica a susceptibilidade de sua auto-compreensão, a dinâmica das tentativas de “afirmar-se” a si mesma, que prosseguem sem descanso até os nossos dias”¹⁵.

Contudo, esta concepção de razão como uma característica do ser humano, como um mecanismo ou ferramenta da espécie humana, fez com que a razão adquirisse uma conotação instrumental. Dessa forma, se de um lado era evidente a impossibilidade de se buscar a razão na natureza; de outro se percebeu a possibilidade de se interferir e alterar a natureza a partir da razão. O agir humano deixa de ser atrelado às leis do cosmos para reger-se sob leis que ele mesmo se dá. Esta fundamentação de si mesma da razão fez com que o homem se colocasse no centro da natureza passando aquela a ser o meio pelo qual este domina o mundo empírico, pelo que foi revelado o caráter instrumental da razão.

Assim, a descida da fundamentação racional de um patamar supra-humano, em que se encontrava desde a Antiguidade Clássica, para o âmbito de característica humana, permitiu ao homem empregá-la como instrumento na construção do modo de vida moderno, baseado em um processo de distanciamento da condição natural, no qual o domínio da natureza é regido pela ciência e pela técnica, sob o enfoque de uma racionalidade dirigida a fins. “Nesse horizonte, o saber possui um caráter, eminentemente, instrumental, ou seja, ele se faz como mediação impositiva do homem sobre o seu mundo”¹⁶.

Contudo, fechando-se sobre si mesma e sendo empregada indiscriminadamente em um processo desmedido de dominação do mundo empírico impulsionado pela idéia de progresso e pela proposta da ciência de aliviar o esforço, a fadiga e o sofrimento humanos, a razão instrumental minou os mecanismos tradicionais de legitimação social ao ponto de promover

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Obj. de citação p. 12. Cf HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 42: “A independência da condução teórica da vida sublinha-se na Moderna filosofia da consciência, assumindo a forma de umateoria que se fundamenta absolutamente a si mesma”.

¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Tópicos sobre dialética*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. Obj. de citação p. 207.

uma reconstrução na interpretação tradicional de mundo. Seguindo este chamado processo de racionalização tem-se que a ciência e a técnica, paulatinamente, foram tornando-se uma “consciência positivista imperante” adquirindo o status de uma ideologia¹⁷ que veio a substituir as ideologias burguesas iniciais, afastando-se por completo de um âmbito de interação, promovendo uma coisificação¹⁸ do homem e tornando-se o estopim para a percepção de uma duplicidade do conceito de racionalidade que se está a trabalhar em contraposição no presente estudo¹⁹. Nesse sentido Habermas afirma que: “O limiar da Modernidade caracterizar-se-ia, então, por esse processo de racionalização que se iniciou com a perda da ‘intocabilidade’ do marco institucional pelos subsistemas da ação racional dirigidas a fins”²⁰.

Assim, por essa exacerbação tecnocrática, toda estabilidade institucional da malha social tende a se evaporar e o que é santo se dessacraliza, fazendo com que os homens sintam-se obrigados a “ver com um olhar frio as suas relações recíprocas”²¹. Nesse sentido “não seria incorreto dizer que a ciência Moderna estaria constituída de um significado meramente técnico, frio, instrumental e calculista e por isso mesmo eminentemente progressista”²².

Mas se é a matriz capitalista Moderna que permitiu o surgimento e agigantamento de uma racionalidade teleológica (instrumental, estratégica), fundada sob o conceito de trabalho; que

¹⁷ “A ciência se convertia em uma ideologia, em um modo culturalmente produzido e socialmente respaldado de contemplar o mundo sem examiná-lo, modo este que, por sua vez, configurava e conduzia à ação social”. (traduziu-se) CARR, W.; KEMMIS, S. *Teoria Crítica de la Enseñanza*. La investigación-acción en la formación del profesorado. Barcelona: Martínez Roca, 1988. Obj. de citação p. 145.

¹⁸ “Para Habermas o logocentrismo e o Primado das ciências naturais, que caracterizam a filosofia da consciência, está na base da «reificação». A objetividade da realidade diante do sujeito, sob o modelo das ciências da natureza, estaria na base da redução instrumental da razão processada pela tradição ocidental”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 448.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj. de ref. p. 84. Nesse ponto vale transcrever, ainda, o seguinte ensinamento: “Não estou a dizer que a fantasia cibernética de uma auto-estabilização das sociedades, semelhante à estabilização instintiva, esteja em vias de realização ou que seja mesmo apenas realizável. Mas penso que leva até ao fim, à maneira de utopia negativa, as vagas suposições fundamentais da consciência tecnocrática, apontando assim para uma linha evolutiva que se perfila sob a suave dominação da técnica e da ciência como ideologia. Sob este fundo, torna-se sobremaneira evidente que se devem manter separados dois conceitos de racionalização. Ao nível dos subsistemas de ação racional dirigida a fins [...] A racionalização ao nível do marco institucional que só pode levar-se a cabo no meio da interação linguisticamente mediada, a saber, pela destruição das restrições da comunicação.” Obj. de citação p. 87.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj. de ref. p. 84.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj. de ref. p. 85.

²² CARVALHO, A. B. de. Desencantamento do mundo e ação pedagógica em Max Weber. In: *Filosofia Sociedade e Educação*. Vol. 1. São Paulo, pp. 141-152, 1997.

mudança permitiu uma revalorização da idéia de interação simbolicamente mediada, base de uma racionalidade comunicativa?

2.2 A “virada lingüística”: a linguagem como médium universal e intrascendível

Por tudo o que já foi dito, crer-se estar evidenciado que a proposta de uma razão emancipatória Moderna foi aniquilada pela gradativa passagem a uma razão instrumental. Conforme advertem Adorno e Horkheimer, expoentes da Teoria Crítica que serviu de pano de fundo para elaboração Teoria da Ação Comunicativa por Habermas: “O que os homens querem apreender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens”²³.

Destarte, o processo de desmistificação e desencantamento do mundo promovido pela Modernidade, que possuía como meta “substituir a imaginação pelo saber”²⁴ acabou por promover, ante ao poder inerente ao saber, um crescente processo de escravização da natureza e dos homens, pela busca incessante da eficácia e o seu conseqüente distanciamento dos valores, da cultura e da sociedade enquanto um agrupamento de indivíduos que interagem. Adorno e Horkheimer atestam que nesse processo “O que importa não é aquela satisfação que, para os homens, se chama ‘verdade’, mas a ‘operation’, o procedimento eficaz”²⁵.

De tal modo, ficou claro que a hegemonia dominante imposta pela filosofia da consciência, cuja centralidade gira em torno das relações existentes entre sujeito-objeto, revelou-se de caráter dominadora e “instrumentalizante, redutora do ser ao ente, incapaz de dar espaço ao

²³ ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. Obj. de citação p. 20.

²⁴ [...] o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calmidade triunfal. O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber. [...] o entendimento que vence a superstição deve imperar sobre a natureza desencantada. O saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravização da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo. ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. Obj. de citação p. 20.

²⁵ ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. Obj. de citação p. 20.

«diferente» e de pensar a intersubjetividade²⁶, o que evidenciou o exaurimento desse modo de pensar.

Vale dizer também que o problema primordial da racionalidade subjetiva, levando a passagem para uma racionalidade lingüística, é sua incapacidade de fundamentar e reger as relações sociais e a esfera pública²⁷. A base da sociedade é interativa, exige comunicação, a qual não pode ser atingida pelo esquema sujeito-objeto próprio da Modernidade. A filosofia do sujeito peca, pois, por um reducionismo na complexidade da racionalidade presente no mundo, já que valoriza apenas seu âmbito cognitivo-instrumental²⁸. Os acontecimentos que se seguiram à instauração da Modernidade demonstraram que não é lógica a passagem de um âmbito de liberdade subjetiva para o de liberdade social e o Estado também não pode ser encarado como um macro sujeito²⁹.

²⁶ “Todavia, nos últimos tempos, em condições às vezes caracterizadas como «nova intransparência», tem audiência crescente os contestadores da razão universalista Moderna e de seu portador, o Sujeito. Razão e sujeito são acusados de hegemonia e dominação, de situar-se em um quadro teórico sujeito-objeto sempre já derivado, não originário e instrumentalizante, redutor do ser ao ente, incapaz de dar espaço ao «diferente» e de pensar a intersubjetividade. Também Habermas considera o paradigma filosófico-consciencial exaurido e inadequado para pensar criticamente a sociedade contemporânea. Sua proposta alternativa de resgate da racionalidade Moderna se estrutura sobre a base de uma racionalidade comunicativa”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 07.

²⁷ “Seguindo de perto o platonismo, a filosofia da consciência privilegiara o interior em relação ao exterior, o privado em relação ao público, a imediação da vivência subjetiva em relação à mediação discursiva”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 09.

²⁸ “Ele (Habermas) considera a filosofia da consciência como incapaz de oferecer uma base teórica de racionalidade adequada à sociedade contemporânea. Porque, segundo ele, a filosofia do sujeito comete uma redução na complexidade da racionalidade já atuante no mundo da vida, selecionando e privilegiando o aspecto cognitivo-instrumental. Tal redução é caracterizada como «logocentrismo» e seria então característica do paradigma da consciência, que se estreita, com seu esquema Sujeito-Objeto: ontologicamente, ao mundo dos seres; epistemologicamente, ao contato com objetos e estados de coisas; semanticamente, às sentenças assertórias e à verdade proposicional. O logocentrismo está conectado com uma fixação às Ciências Naturais. O conceito de racionalidade comunicativa, propugnado por Habermas, amplia o quadro dos aspectos considerados, àquele normativo e ao auto-apresentativo. Somente tal ampliação permite à filosofia exercer seu papel de «guardiã da racionalidade», abandonando ao mesmo tempo a afirmação de uma «origem fundamental». Para Habermas o logocentrismo e o Primado das ciências naturais, que caracterizam a filosofia da consciência, está na base da «reificação». A objetividade da realidade diante do sujeito, sob o modelo das ciências da natureza, estaria na base da redução instrumental da razão processada pela tradição ocidental. A crítica da dissolução da Práxis em Técnica, a defesa metodológica da dualidade entre ciências naturais e sociais, a crítica epistemológica à pretensão universal do modelo Sujeito-Objeto e a subsequente articulação de uma Teoria da Sociedade sobre uma base intersubjetivo-lingüística... são os passos habermasianos para uma superação da reificação, reificação que, a partir de certo momento de sua obra, passa a ser atribuída ao paradigma filosófico consciencial”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 448.

²⁹ “Fica claro que a alternativa habermasiana ao equívoco da projeção da sociedade como um sujeito em tamanho grande é a «integração social», ou a coordenação de ações através da linguagem, com base na resolução argumentativa de diversas pretensões de validade levantadas pelos atos de fala”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 13.

Nesse quadro, foi notadamente após a “virada lingüística”³⁰ vivida na filosofia no final do século XIX e início do século XX³¹, que a linguagem passou a ser vista como *medium* originário e universal, fazendo com que se compreendesse que é a partir dela que os sujeitos se estruturam e se afirmam como tais, valendo-se, essencialmente, de um processo lingüístico e cultural, de forma que as intenções e interesses, desejos e sentimentos individuais não são simplesmente privados, mas estão sempre ligados a um mundo simbólico cultural e por isso são sempre susceptíveis de interpretação, discussão e mudança. Ademais, sob esse mesmo fundamento, passou-se a compreender os processos de individualização simultaneamente como processos de socialização, colocando em xeque a concepção monológica Moderna³².

Segundo Habermas:

No decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a *reificação e a funcionalização de formas de vida e de relacionamento*, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. *A mudança de paradigmas da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem* situa-se precisamente neste contexto³³.

Portanto, a socialização imposta pela linguagem, a qual torna o sujeito constituído intersubjetivamente³⁴, acaba por limitar o sujeito autônomo, buscando compatibilizar as

³⁰ “Estritamente falando, a passagem para o paradigma pragmático-lingüístico tem seu ponto nuclear na «guinada lingüística». Porém tal guinada lingüística articula-se com outros motivos, a saber, racionalidade procedural, razão situada, precedência da práxis, os quais compõem uma constelação que caracteriza o modo pós-metafísico de pensar. Em consequência, para Habermas, a superação da filosofia da consciência corresponde também ao surgimento do modelo pós-metafísico. [...] Tal guinada lingüística é promovida por quatro motivos críticos: os paradoxos do Eu de Fichte; a substituição do esquema sujeito-objeto pelo esquema enunciado-estados de coisas; o emprego de terceira categoria, por ex. linguagem e ação, que encarnam a razão e permitem uma síntese de transcendentalismo e evolução; a aquisição de uma metodologia reconstrutivo-pública mais confiável que a introspecção”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 449.

³¹ Sobre a virada lingüística ver: RORTY, Richard M. *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. Para maior detalhamento de sua aplicação ao Direito ver: MARMOR, Andrei. (ed.) *Direito e Interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³² “A Sociedade Moderna se compreende a partir da racionalidade com respeito a fins e por isso se organiza segundo o parâmetro da disponibilidade técnica monologicamente executada, ocultando a necessária mediação do sujeito social”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 10.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 43.

³⁴ “[...] o sujeito se forma na comunicação e não é anterior a ela.” LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 456.

liberdades individuais no interior de um processo de interação social e pressuposição mútua de indivíduos³⁵, o que revelou a fragilidade do modelo subjetivista moderno.

De outro lado, verificou-se que o pensar também está essencialmente ligado à linguagem, já que para possuir um conteúdo o pensamento tem de ser sempre significativo, ou seja, acontece como um discurso silencioso, o qual é mediado pelos significados já constituídos pela comunidade real e controlado pelas regras particulares do uso dessa língua. Frise-se, ademais, que pensar exige conteúdo.

Note-se que se um sujeito resolvesse pensar absolutamente desligado da linguagem, nem sequer estaria em condições de caracterizar algo visto ou percebido como significativo, por outras palavras, não poderia compreender algo como algo. Conclui-se, pois, que seu pensar não teria qualquer conteúdo, o que seria um contra-senso.

Nesse caminhar, vale destacar que a validade reivindicada implicitamente pelo mesmo pensar, revela, já de antemão, neste pensar, a presença das regras universais do raciocínio intersubjetivo da comunicação lingüística e a presença da estrutura da reciprocidade dialógica o que já delinea o papel central no processo de fundamentação da razão que a linguagem passa a desempenhar, uma vez que “as atitudes proposicionais do falante competente formam o núcleo estrutural do agir racional”³⁶.

Destarte, com base na referida reciprocidade dialógica, reivindicar validade para algo significa levantar a pretensão de poder defender o conteúdo pensado com boas razões diante de qualquer um, isto é, diante de todo possível contra-argumentante. Nesses trilhos uma afirmação que só se fizesse valer diante de determinados parceiros limitaria sua pretensão mesma de validade e não poderia ser reconhecida em geral como ação argumentativa, antes provocaria a suspeita de estar tal agente tentando enganar a si mesmo ou de manipular os outros. Nesse quadro amplia-se o conceito de verdade para o campo de pretensões de validade

³⁵ Quanto à questão vale destacar que um dos principais ganhos da teoria discursiva da verdade foi o de ser ponto de partida para a proposta de uma versão intersubjetiva do imperativo categórico. A este respeito ver: DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. E, ainda, José Pedro Luchi que afirma: “Aquilo que em Kant era função do imperativo categórico, de ultimamente fundamentar a compatibilidade das liberdades subjetivas de pessoas, é substituído em Habermas pelo Princípio do Discurso, que não se coloca no nível moral, mas anteriormente, e assim é possibilitada a afirmação de uma autonomia jurídica, complementar e não dependente da autonomia moral”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.129.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 127.

críticáveis³⁷, a saber: verdade de proposições assertivas, correção de proposições regulativas e autenticidade de proposições expressivas.

Frise-se que o próprio pensar só pode ser compreendido como um processo dialógico, já que ficou evidenciado que é na intersubjetividade, pressuposta mesmo no discurso silencioso da mente, que reside qualquer pretensão de validade de uma afirmação ou argumento.

É preciso lembrar, outrossim, que: “A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege “nossos” argumentos contra ninguém nem contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas”³⁸.

Portanto, a validade lógica dos argumentos não pode ser medida sem pressupor uma comunidade de seres racionais que possuam capacidade para chegarem a um entendimento intersubjetivo. De outro lado, tem-se que o pensar solitário só pode controlar e explicitar sua argumentação à medida que é capaz de interiorizar o diálogo de uma comunidade potencial de comunicação/argumentação.

Com isso fica evidenciado que a validade do pensamento solitário é uma assertiva dependente da justificação dos enunciados lingüísticos na comunidade atual de argumentação, isto é, o pensar é sempre argumentativo ou discursivo e sua validade, também para si mesmo, exige a intersubjetividade, o que derruba, em boa medida, a concepção de uma razão monológica, vinculada à idéia de um sujeito cognoscente e se torna o pano de fundo para o desenvolvimento da Teoria da Razão Comunicativa³⁹.

³⁷ “[...] verdade implica [...] uma pretensão de validade que deve ser legitimada discursivamente, isto é, por meio de argumentos”. OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. Obj. de citação p. 313.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução: Lucia Aragão; revisão: Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 59.

³⁹ Nesse sentido Pedro Luchi, com base em Habermas, adverte: “Habermas [...] procura também superar o esquema Sujeito-Objeto, porém em diálogo com as ciências, atravessando o processo científico e mostrando como de seu interior emerge uma racionalidade mais ampla. Por isso ele deve mostrar como é possível a ciência além dos estreitos limites sujeito-objeto. Seu esforço de fundamentar a ciências do espírito e sociais pode ser compreendido a partir dessa problemática. Ele mostra como o esquema sujeito-objeto só pode ser atuado no contexto sujeito-sujeito, isto é, o agir instrumental de fato sempre se realiza no interior de ação social, de regras e interesses comuns de interação”. LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 406.

Conclui-se, pelo estabelecimento de tais premissas, que o entendimento prévio sobre os sinais da língua natural está na base do sentido e validade do ser das coisas, pelo que a linguagem mostra-se como médium intranscendível porque a capacidade de reflexão dos sujeitos e mesmo a contra-argumentação está no interior da língua com a linguagem. Portanto, todo sentido: seja do pensar, seja da ação é mediado por uma comunidade real de língua como sua condição de possibilidade.

A linguagem é, pois, um médium intranscendível no sentido kantiano, ou seja, ela é condição de possibilidade e de validade de todo entendimento sobre o pensamento conceitual, sobre o conhecimento dos objetos, sobre o agir com sentido e de todo entendimento de si mesmo, ou seja, o “ser”⁴⁰. Assim, é a partir do desabrochar de tal constatação que se percebeu a impossibilidade de uma visão reducionista de racionalidade, pelo que se afastou, inteiramente, a pretensão hegemônica de uma racionalidade instrumental, que não é capaz de promover a formação ou a fundamentação institucional da sociedade, pelos motivos já expostos.

Vale dizer, também, conforme adverte Habermas, que é evidente que o médium linguagem se estende para além dos limites da racionalidade comunicativa, sendo que as espécies de racionalidade (instrumental e comunicativa) se entrelaçam pelo “medium comum da linguagem”⁴¹. Contudo, “nem todo o uso da linguagem é comunicativo, e nem toda comunicação lingüística visa o entendimento mútuo na base de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas”⁴². Portanto, embora toda racionalidade pressuponha a linguagem, nem toda ação racional é decorrente de um processo próprio da linguagem, já que para uma razão teleológica até mesmo a linguagem é um simples meio (embora indispensável) para que se cheguem aos fins almejados. Por outras palavras, pode-se dizer que

⁴⁰ Quanto ao ponto ver os estudos de Habermas sobre a função destranscendentalizadora exercida pela linguagem sobre a razão, retirando a posição central do sujeito cognoscente para colocá-la sob uma comunidade deliberativa. De tais ensinamentos destaca-se: “De mais a mais é a prática lingüística – sobretudo o uso do termos singulares – que nos obriga à suposição pragmática de um mundo objetivo comum. O sistema de referência construído sobre a linguagem natural assegura a qualquer falante a antecipação formal de possíveis objetos de referência”. HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução: Lucia Aragão; revisão: Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 39. E ainda: “A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala [...]”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 37.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de ref. p. 126.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 125.

mesmo as práticas não lingüísticas são caracterizadas pela estrutura proposicional da linguagem, mas não carregam a busca pelo entendimento recíproco entre os falantes⁴³.

2.3 Ação estratégica e ação comunicativa

Exposta, ainda que brevemente, a gênese e o desenvolvimento da idéia de razão e dos processos de racionalização vividos pelo Ocidente; e fixada a premissa lingüística do estabelecimento de qualquer pensamento ou comunicação entre seres racionais, vale traçar, sucintamente, uma tipologia teleológica da ação, ou seja, uma análise das espécies de ações sob a ótica dos fins a que se destinam, com o intuito de se ingressar especificamente na distinção entre racionalidade comunicativa e estratégica.

Nesse ponto, valendo-se diretamente dos ensinamentos de Habermas⁴⁴ tem-se que para a construção dessa tipologia é determinante a distinção entre orientação para o êxito e orientação para o entendimento.

Assim, de acordo com o modelo da ação vinculada a um fim, o ator se orienta para realização de um objetivo e a ação terá êxito se atinge a finalidade a que se destina com intervenção ou abstenção no mundo. Tais ações orientadas ao êxito são instrumentais devendo ser compreendidas como execução de regras técnicas e avaliadas sob pontos de vista da eficiência de uma intervenção orientada à meta no mundo físico. Ademais, ações instrumentais podem vir a ser chamadas estratégicas quando puderem ser vistas como execução de regras de escolha racional e avaliadas sob pontos de vista da eficiência de um influxo nas decisões dos parceiros racionais, pelo que devem ser consideradas, em certa medida, um tipo de interação⁴⁵.

⁴³ “As práticas não-lingüísticas são também marcadas pela estrutura proposicional da linguagem, mas não servem, como as lingüísticas, para alcançar fins ilocucionários. Além disso, as ações são do tipo social ou não social. O agir social consiste ou na interação normativamente regida entre sujeitos que agem pela comunicação ou na tentativa dos antagonistas de exercerem uma influência estratégica mútua. Por certo, o agir instrumental está engastado em contextos de ação social, mas serve essencialmente a intervenções teleológicas no mundo de coisas e eventos causalmente ligados”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 21.

⁴⁴ Sobre a ação comunicativa ver: HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I - Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987. _____ *Teoria de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. Madri: Taurus, 1987.

⁴⁵ “A ação racional teleológica realiza fins definidos sob condições dadas; mas, enquanto a ação instrumental organiza meios que são adequados ou inadequados segundo critérios de um controle eficiente da realidade, a

De outro lado, ações comunicativas serão aquelas interações sociais que são coordenadas não através de cálculos egocêntricos de êxito de cada indivíduo, mas através de atos cooperativos de entendimento mútuo dos participantes. Nesta espécie de ação os envolvidos não se orientam pelo êxito, mas pela realização de um acordo (entendimento) que se torna condição para a execução dos respectivos planos na base de definições comuns das situações.

Quanto à ação comunicativa Habermas leciona:

Chamo *ação comunicativa* àquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, fazendo, para isso, uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extraverbais) orientada ao entendimento. À medida que a comunicação serve ao entendimento (e não só ao exercício das influências recíprocas) pode adotar para as interações o papel de um mecanismo de coordenação da ação e com isso fazer possível a ação comunicativa⁴⁶.

Deste conceito depreende-se que o autor faz, inicialmente, uma grande delimitação entre ação estratégica e ação comunicativa. Note-se que a primeira é sempre orientada ao êxito e a segunda ao entendimento mútuo. Outro ponto central é a função que ostenta a ação comunicativa, que promove a coordenação da interação única e exclusivamente através do acordo intersubjetivo obtido comunicativamente, o que implica em conceber que a estrutura do uso lingüístico orientado ao entendimento determina a estrutura teleológica da ação.

Para explicar a estrutura teleológica da ação comunicativa, ou seja, o entendimento, o autor se apóia no elemento ilocucionário do ato de fala. Assim, o “médium” linguagem e o “telos” inerente a ela se constituem reciprocamente, isto é, não se comportam entre si como meio e fim.

Vale dizer, ademais, que é precisamente desse modo que se diferenciam ação comunicativa e ação estratégica: enquanto a primeira só pode ser obtida intersubjetivamente a segunda pode ser levada a efeito isoladamente à medida que representa uma mera intervenção causal no

ação estratégica depende apenas de uma valoração correta de possíveis alternativas de comportamento, que só pode obter-se de uma dedução feita com o auxílio de valores e máximas”. HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 57. No primeiro caso a escolha interativa realizada (forma da ação) é sob uma base instrumental de opções (conteúdo da ação); no segundo caso o estabelecimento das próprias opções do agir já dependem de intersubjetividade.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la accion comunicativa: complementos y estudios previos*. 3ª ed. Madri: Cátedra, 1997. Obj. de citação pág. 418.

mundo da vida⁴⁷. Por outras palavras, as metas ilocucionárias do entendimento mútuo ultrapassam o mundo sobre o qual buscam intervir, do que decorre que tais metas só podem ser alcançadas na perspectiva de participante, no interior da linguagem que permite acesso aos diferentes mundos⁴⁸, para o que se exige intersubjetividade na análise das pretensões criticáveis. Disso decorre que só podem ser alcançadas cooperativamente e nunca por um participante isolado, já que impossibilitaria a interação. Diametralmente opostos, na ação estratégica, os objetivos de cada um dos atores, não obstante se influenciarem mutuamente, só podem ser alcançadas em uma perspectiva individualista ou, no máximo, de um grupo restrito. Portanto, a ação comunicativa possui como fim o respeito e observância das próprias regras da linguagem, que podem levar o discurso a caminhos insondáveis; já em uma ação instrumental a meta já é dada, cabe ao indivíduo buscar o melhor caminho para alcançá-la.

Destaque-se, ainda, que tais ações são também baseadas em racionalidades diferentes, enquanto uma ação estratégica funda-se no modelo racional subjetivo-individualista moderno,

⁴⁷ “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 42. “O mundo vivido emerge, então, como condição de possibilidade da ação comunicativa: ele é um reservatório de evidências e de convicções inabaladas, que constitui o sentido intersubjetivamente partilhado a partir do qual as pessoas podem comunicar-se”. [...] “o mundo vivido se constitui como o horizonte de possibilitação no qual já sempre se situam os que agem comunicativamente: ele é pano de fundo não explicitado do agir comunicativo, e enquanto tal, o depósito cultural de convicções de uma comunidade humana, o lugar onde se movimentam os que agem comunicativamente”. OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. Obj. de citação p. 334-335. E, ainda, segundo Xavier Herrero, enquanto reservatório cultural, o mundo da vida “armazena o trabalho de interpretação”, revelando-se num repositório de auto-evidências culturais, estoque de saberes obtidos pela tradição e diz: “Com efeito, o mundo da vida é introduzido como correlato dos processos de entendimento, pois os sujeitos que agem comunicativamente entendem-se sempre no horizonte lingüístico de um mundo vital partilhado por eles. Este mundo forma o horizonte contextual em que os sujeitos sempre se movem no seu agir”. HERRERO, Xavier. *Racionalidade comunicativa e Modernidade*. Belo Horizonte: Síntese, Vol. 14, pp. 13-32, maio-ago. 1986. Obj. de citação p. 21.

⁴⁸ “Metas ilocucionárias não podem ser descritas como estados que poderiam ser provocados mediante intervenções no mundo objetivo. Por isso, não podemos conceber as metas ilocucionárias do entendimento mútuo, por assim dizer imanentes à linguagem, como efeitos perlocucionários que o falante suscita no ouvinte com seu ato de fala exercendo nele uma influência causal. A esse respeito, três observações. As metas ilocucionárias não podem ser definidas de modo independente dos meios lingüísticos do entendimento mútuo; como esclareceu Wittgenstein, o *telos* do entendimento mútuo é inerente ao próprio *medium* lingüístico. Ademais, o falante não pode intencionar sua meta como algo a ser provocado causalmente pois o “sim” ou “não” do ouvinte são tomadas de posição racionalmente motivadas; os participantes da comunicação desfrutam a liberdade do poder-dizer-não. Por fim, falante e ouvinte defrontam-se adotando, cada um, uma atitude performativa como primeira e segunda pessoas, não como antagonistas ou objetos no mundo de entidades a respeito das quais falam. Na medida em que pretendem se entender um com o outro sobre alguma coisa, suas metas ilocucionárias se encontram além do mundo objetivo no qual podem, como atores observadores, intervir por meio de uma atividade orientada a fins. Entretanto, como eventos localizáveis no tempo e no espaço os atos de fala pertencem simultaneamente ao mundo objetivo, no qual também podem, a exemplo de toas as ações teleológicas, ocasionar algo, a saber, efeitos perlocucionários”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 108.

a ação comunicativa tem por base um modelo racional intersubjetivo da interação simbolicamente mediada.

Portanto, visto como se comportam os atores quando direcionados por fins lingüísticos próprios (metas ilocucionárias) ou fins estratégicos (metas individualistas), passa-se a uma análise das espécies de racionalidade referidas nos itens anteriores sob uma visão contraposta, cerne do presente capítulo.

2.4 Racionalidade Estratégica e Racionalidade Comunicativa: a necessidade de uma contraposição.

Exposto como ocorreu o processo de racionalização do ocidente e demonstrado como a razão pode ser canalizada para diferentes fins, classificando as ações que dela defluem como estratégicas ou comunicativas, incumbe, como próximo passo, definir estritamente o que vem a ser racionalidade estratégica e racionalidade comunicativa desvelando, outrossim, a necessidade de contrapô-las.

Para tanto vale esclarecer, inicialmente, que o conceito de racionalidade foi introduzido por Max Weber que se valeu do mesmo para nomear o processo de compreensão e apreensão do mundo a partir da razão, demonstrando como esta opera o processo de transformação da natureza, permitindo ao homem adaptá-la as suas necessidades, ao invés de se adaptar a ela⁴⁹.

Assim, Weber se utilizou do conceito de racionalidade para definir o modo como operava a economia capitalista, fundada no direito privado burguês e na dominação burocrática⁵⁰. Para tal autor racionalidade significa, em primeiro lugar, “a ampliação das esferas sociais, que ficam submetidas aos critérios da decisão racional”⁵¹. Habermas afirma que os estudos weberianos foram compartilhados por toda a velha sociologia cujas classificações bipolares gravitam ao redor do mesmo problema, qual seja: “o problema de reconstruir conceitualmente

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 84.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 45.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 45.

a mudança institucional, resultado da pressão do alargamento dos subsistemas da ação racional teleológica”, pelo que a racionalização em Weber é uma tentativa de “apreender as repercussões do progresso técnico-científico no enquadramento institucional das sociedades que se englobam na modernização”⁵².

De outro lado, essa compreensão da razão como um processo organizado e organizável, na busca de resultados eficazes, representa, em boa medida, a confiança na capacidade racional ilimitada de conhecer (ou de ser capaz de conhecer) o mundo sem que para isso seja necessária a intervenção de forças mágicas ou supra-humanas como se pensava na filosofia Clássica. Desse modo, no pensamento weberiano, racionalidade é compreendida como a possibilidade ou a capacidade *humana* de explicar e justificar por meio de juízos verdadeiros a totalidade das coisas existentes no mundo objetivo, o que revela a crença de que o mundo objetivo pode ser conhecido utilizando-se meios técnico-científicos adequados⁵³. Vejam-se algumas palavras do autor:

A intelectualização e a racionalização crescentes não significam, pois, um crescente conhecimento geral das condições gerais da nossa vida. O seu significado é muito diferente: significa que se sabe ou se acredita que, em qualquer momento em que se queira se pode chegar a saber; que, portanto, não existem em torno de nossa vida poderes ocultos e imprevisíveis, mas que, pelo contrário, tudo pode ser dominado através do cálculo e da previsão. Isto significa simplesmente que se exclui o mágico do mundo⁵⁴.

Para Habermas, no entanto, a idéia de uma racionalidade não pode ser encarada de forma tão simplista, já que mais do que um mecanismo de ciência e técnica é através dela que se deve articular a sociedade, pelo estabelecimento do direito e das instituições sociais por meio da interação entre os indivíduos. Portanto:

A racionalidade não tem tanto a ver com a posse do saber do que com o modo como os sujeitos capazes de falar e de agir empregam o saber. Ora, tanto as atividades não-linguísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional; contudo, o modo específico de empregar o saber decide o sentido da racionalidade, que serve como medida para o sucesso da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não-comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, iremos detectar a idéia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. E se partimos do uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala, descobriremos a idéia da racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungsrationallität*), que

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj. de ref. p. 55-56.

⁵³ BOLZAN, José. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Editora Ijuí, 2005. Obj. de ref. p. 36.

⁵⁴ WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, 1979. Obj. de citação pp. 121-122.

numa teoria do significado pode explicitar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala⁵⁵.

Segundo os ensinamentos de João Augusto Bastos, “a primeira noção de razão tentou definir a primazia do sujeito (autoconsciência) sobre a relação sujeito-objeto, gerando a filosofia da consciência e afirmando que o conhecimento de si próprio é mais importante que a realidade. J. Habermas propõe a mudança de paradigma: da filosofia da consciência para a filosofia da lingüística e da comunicação”⁵⁶, pela qual a razão é obtida ante a interação de sujeitos que buscam o entendimento.

Por outras palavras, a racionalidade comunicativa apresenta-se numa práxis de fala que é voltada para uma meta ilocucionária: “o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”⁵⁷.

De outro lado, a razão comunicativa ainda se diferencia da razão prática por não estar ligada a nenhum “ator singular nem a um macro-sujeito sociopolítico”⁵⁸.

Assim, Habermas reconhece que, sob um aspecto sócio-integrador, a única racionalidade capaz de atingir um marco institucional é a comunicativa, já que decorrente de um processo de interação linguisticamente mediado, o que exige liberdade discursiva⁵⁹. Vale dizer que:

A discussão pública, sem restrições e sem coações, sobre a adequação e a desiderabilidade dos princípios e normas orientadoras da ação, à luz das ressonâncias socioculturais do progresso dos subsistemas de ação racional dirigida a fins – uma comunicação deste tipo em todos os níveis dos processos políticos e

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação pp. 69-70.

⁵⁶ BASTOS, João Augusto. A educação tecnológica na sociedade do conhecimento. In: *Tecnologia & Interação*. Curitiba, Coletânea: “Educação e Tecnologia” CEFET-PR, 1998, pp. 53-66.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 127-128. “Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 20.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 20.

⁵⁹ “O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 20.

dos processos novamente politizados de formação da vontade é o único meio no qual é possível algo assim como a ‘racionalização’⁶⁰.

Nesse contexto, altera-se, em Habermas⁶¹, também a compreensão de Marx sobre a dialética: forças de produção/relações de produção, compreendida, por este, como o motor de desenvolvimento da sociedade e um meio de libertação que provoca movimentos emancipadores⁶², que é substituída por uma categorização mais abstrata que se exterioriza na dialética do trabalho (ação racional dirigida a fins) e através da interação (ação comunicativa), esta sim mecanismo de libertação e emancipação.

Com isso, o que propõe o autor, é um abandono do conceito tradicional de ideologia, segundo o qual esta era vista como o mecanismo pelo qual a classe dominante buscava disfarçar seus verdadeiros propósitos, o qual possibilitava, de outro lado, uma proposta de revolução de classe levada a cabo pelos indivíduos oprimidos e injustiçados, o que o autor considera, na realidade, uma perspectiva redutora e simplista da origem e constituição das estruturas sociais, bem como dos processos de socialização. Em tal contexto Habermas pretende substituir o projeto marxista de uma revolução social fundada na desigualdade de classes, por um projeto emancipador do gênero humano⁶³, já que:

A eficácia peculiar desta ideologia reside em dissociar a autocompreensão da sociedade do sistema de referência da ação comunicativa e dos conceitos da interação simbolicamente mediada, e em substituí-lo por um modelo científico. Em igual medida, a autocompreensão culturalmente determinada de um mundo social da vida é substituída pela autocoisificação dos homens, sob as categorias da ação racional dirigida a fins e do comportamento adaptativo⁶⁴.

Portanto, através da idéia supra referida, dividindo dois âmbitos da razão, Habermas pretende reformular o conceito de “racionalização” do mundo da vida delineado por Max Weber, do mesmo modo como objetiva ultrapassar as categorias marxistas na sua reflexão sobre a evolução social.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de citação. p. 88.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa, Edições 70, 1987, pp. 45-92.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 83.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. pp. 69-76.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de citação p. 74.

Para tanto, parte de outro sistema de referências e conceitos, promovendo um diferente enquadramento categorial que pressupõe a distinção entre trabalho ou ação racional teleológica⁶⁵ (ação instrumental e estratégica) e interação ou ação comunicacional.

A proposta habermasiana funda-se, nesse caminhar, na necessidade de manter a distinção entre praxis e técnica⁶⁶, de forma que a consciência tecnocrática não se imponha como a única referência para intervenção social e para a constituição da individualidade, mas que se (re)valorize uma interação simbolicamente mediada através de ações comunicativas decorrentes de uma outra espécie de racionalidade: a racionalidade comunicativa.

Por outras palavras é, em verdade, uma tentativa de se aproveitar o melhor do que foi oferecido pela Modernidade e compreender tal processo de racionalização do mundo como dependente também da linguagem, já que o desenvolvimento humano só pode vir mediado pela interação entre os indivíduos, ao mesmo tempo em que, pelo trabalho, se apropriam da natureza.

A perspectiva introduzida pelo autor, portanto, é de uma ação orientada à intercompreensão, ampliando e estendendo o conceito de racionalidade a um âmbito que foi subvalorizado por Weber, o qual, ao longo de suas pesquisas, desenvolveu estudos exclusivamente sobre a racionalização da sociedade a partir de indicadores econômicos e das razões de Estado. Ora, em Habermas, essa racionalidade instrumental é vista como uma das faces ou âmbitos da razão, que deve ser complementada pela racionalidade comunicativa o verdadeiro motor da integração social.

⁶⁵ “Por trabalho ou ação racional teleológica entendo ou a ação instrumental ou a escolha racional ou, então, uma combinação das duas. A ação instrumental orienta-se por regras técnicas que se apóiam no saber empírico. Estas regras implicam em cada caso prognoses sobre eventos observáveis, físicos ou sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas. O comportamento da escolha racional orienta-se por estratégias que se baseiam num saber analítico. Implicam deduções de regras de preferência (sistemas de valores) e máximas gerais; estas proposições estão deduzidas de um modo correto ou falso”. [...] “Por outro lado, entendo por ação comunicativa uma interação simbolicamente mediada. Ela orienta-se segundo normas de vigência obrigatória que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes. As normas sociais são reforçadas por sanções. O seu sentido objetiva-se na comunicação lingüística quotidiana. Enquanto a validade das regras e estratégias técnicas depende da validade de enunciados empiricamente verdadeiros ou analiticamente corretos, a validade das normas sociais só se funda na intersubjetividade do acordo acerca de intenções e só é assegurada pelo reconhecimento geral das obrigações”. HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de citação pp. 57-58.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 82.

Desse modo, o ponto central da necessidade de se realizar uma contraposição é decorrente da constatação da existência de uma instrumentalização dos indivíduos quando as relações sociais são analisadas apenas sob uma perspectiva estratégica, o que se em termos individuais gera doenças de foro psíquico, no âmbito coletivo desencadeia convulsão social, com aumento da violência e da crueldade com os desprotegidos num processo de desintegração social.

Nesse quadro Habermas não propõe um abandono da razão instrumental-estratégica, mas apenas contrapõe a mesma a necessidade do estabelecimento de uma razão comunicativa. Na realidade considera “a atividade que visa fins e o agir orientado para o entendimento como tipos elementares de ação, irreduzíveis um ao outro”⁶⁷. Vale dizer, também, que o autor considera bem sucedida a consciência tecnocrática⁶⁸, que se reproduz através de sua própria dinâmica e revela-se um verdadeiro motor do desenvolvimento humano (embora não da sociedade) que gera a possibilidade fática do bem estar das populações, pelo desenvolvimento tecnológico.

O ponto central do problema é, portanto, a invasão ideológica desse processo de racionalização moderno, através de uma razão instrumental, sobre os âmbitos da vida que deveriam ser mediados pela interação entre os indivíduos, o que pressupõe uma razão comunicativa⁶⁹.

Destarte, a esta consciência que se estabelece tanto pelo poder objetivo quanto pelo crescente domínio e controle sobre a natureza através da lógica do melhor meio para se atingir metas dadas, contrapõe Habermas um novo modelo de razão cuja importância se desvela através de um discurso e de uma ação (de uma ação comunicacional) que se crêem estar livres do tipo de dominação imposta pelo poder ideológico da consciência tecnocrática. E para que tal comunicação se mantenha livre ela deverá se estabelecer e se manter através de um entendimento intersubjetivo. Destaque-se que para se manter livre uma ação comunicativa reclama que seja respeitada uma regulação do comportamento através de normas que devem ser compreendidas, reconhecidas e aceitas, por meio de um acordo, por todos os participantes

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 70.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. pp. 74, 80-82.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. 44-48.

e envolvidos na questão, pelo que exigem, assim, um processo de construção de sua legitimidade. Não é evidente que as questões práticas passem a ser regidas por tal razão, a não ser que para isso os envolvidos batalhem intersubjetivamente, o que, como se verá, vale também para o processo judicial.

De outro lado, através desse processo de interação, até mesmo a técnica, inicialmente pensada como produtora de ideologia e de controle das forças naturais, pode ser canalizada para um processo de libertação humana se não pretender invadir o âmbito de racionalização da interação simbólica, que deve promover os processos de socialização e de estruturação social, como é o estabelecimento do direito e do processo⁷⁰.

O autor defende, pois, uma distinção clara entre uma ação racional dirigida a fins, com base em uma racionalidade estratégica; da interação (ação comunicativa), que se baseia em uma racionalidade comunicativa.

A racionalidade orientada para um fim aponta para as condições necessárias a uma intervenção, eficiente do ponto de vista causal, no mundo dos estados de coisas existentes; ao passo que a racionalidade dos processos de entendimento mede-se pelo conjunto de condições de validade exigidas para atos de falta, por pretensões de validez que se manifestam através de atos de fala e por razões para o resgate discursivo dessas pretensões⁷¹.

Desse modo, destacando as deficiências que emergem da dominação desmedida da racionalidade que objetiva a dominação da natureza, o que promove uma crescente alienação do comportamento humano, Habermas alerta para o fato de que conceber o processo de evolução social através de um modelo que obedeça aos princípios dos sistemas auto-regulados do tipo “homem-máquina”, nunca será suficiente para uma efetiva compreensão do fenômeno social nem do comportamento individual⁷², donde se conclui que a racionalidade estratégica não conseguiria substituir a racionalidade comunicacional.

⁷⁰ Quanto ao papel da técnica para processo Hermes Zaneti Júnior adverte que “a técnica somente serve à ideologia, compreendida em seu sentido de valores que informam as leis processuais”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 72.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Obj. de citação p. 70.

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj. de ref. pp. 86-89.

Além disso, vale elucidar que Habermas defende a tese de que o comportamento humano encontra-se ligado ao sistema de normas que emergem na gramática dos jogos lingüísticos, sendo que o conjunto de pressuposições do discurso se apresenta no ato de comunicar, por meio da linguagem comum. Tal processo de interação que se funda pela comunicação, determina não apenas o processo de socialização como o próprio processo de individualização, ou seja, compreende-se a formação do sujeito de forma intersubjetiva⁷³. Cabe reconhecer que tal concepção de uma “consciência” de mim a partir de uma experiência de interação, por meio de uma dialética do ‘eu’ e do ‘outro’, é herdeira da concepção de Hegel, uma vez que esse autor em sua *Fenomenologia do Espírito* concebe a subjetividade do ‘eu’ instituída a partir da relação dialética com o ‘outro’ e por meio da comunicação que se estabelece entre ambos. Note-se que isto é um abandono da idéia de comunicação com o ‘outro’ através de uma reflexão solipsista da consciência, além de atestar que embora possua como decorrência direta a ação comunicativa, toda ação, mesmo que estratégica ou instrumental, pressupõe, em certa medida, a linguagem, conforme já se explicitou acima.

De outro lado, a nova concepção de racionalidade proposta por Habermas e a forma de contrapor-la à racionalidade estratégica e suas conseqüências sobre o conceito de evolução social e do modo de vida da sociedade, revela um novo paradigma⁷⁴ na análise do movimento social, o qual, superando a concepção marxista de luta de classes, propõe um projeto de emancipação fundado no desenvolvimento de um processo de interação simbolicamente mediada, proporcionando uma institucionalização social coesa, legítima e integrada para a qual um direito validamente⁷⁵ posto realiza um papel fundamental.

Além disso, tem-se que a idéia de trabalho como mecanismo de articulação e de desenvolvimento social, tal qual compreendido por Marx, deve ser substituído pela “ação comunicacional”⁷⁶ único modo legítimo de se promover a integração social por meio do

⁷³ “[...] o sujeito se forma na comunicação e não é anterior a ela.” LUCHI, José Pedro. *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. Obj. de citação p. 456.

⁷⁴ Conforme Thomas Kuhn, entendem-se paradigmas como “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994. Obj. de citação p. 218.

⁷⁵ A validade é aqui encarada mais do que como uma mera validade formal da norma. Para ser considerado válido o direito deve unir a forma (processo legislativo) ao Princípio do Discurso, que, no âmbito jurídico, se apresenta como Princípio Democrático. Cf.: LUCHI, José Pedro. *A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado*. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de ref. pp. 124-126.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições. 70, 1987. Obj. de ref. p. 57.

estabelecimento de instituições sócio-integradoras, já que no mero campo estratégico a linguagem não é empregada comunicativamente, mas de forma orientada a conseqüências⁷⁷. No agir estratégico “a comunicação lingüística é subordinada aos imperativos do agir racional orientado a fins”⁷⁸.

Portanto, ao contrário do que propôs Weber, que acreditava ser necessário um progresso técnico-científico para o processo de racionalização, Habermas acredita ser fundamental a realização de uma análise dos sistemas sociais com base na contraposição entre a racionalidade estratégica e a racionalidade comunicativa⁷⁹.

2.5 A aplicação da contraposição entre racionalidade estratégica e comunicativa ao direito e ao processo

Para Habermas o direito é um mecanismo de estabilização da sociedade na medida em que promove a integração social⁸⁰. Para realizar tal integração o direito tem de se valer de um modelo peculiar de validade racional que conecta coerção e liberdade⁸¹. Mas se a liberdade já é essencialmente ligada à moral; a coerção precisa ser legitimada, o que foi percebido, ainda na Modernidade, por Kant, que legitimou a coerção na medida em que a definiu como “impedimento ao impedimento de liberdade”⁸².

Portanto, o modelo de validade do direito conecta coerção e liberdade⁸³ porque de um lado libera os sujeitos de motivação moral, já que podem cumprir a lei meramente pela legalidade,

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de ref. p. 118.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 123.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. pp. 57-60.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 35. Ver também: 44-47 e _____ *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 308.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 48 e seguintes.

⁸² KANT, I. Einleitung in die Rechtslehre. Werke (Weischedel) vol. IV, 338s. *Apud*: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 49

⁸³ “[...] normas jurídicas têm de ser tais que possam ser consideradas a um só tempo, e sob cada um dos diferentes aspectos, como leis coercivas e como leis de liberdade. Esse duplo aspecto integra nossa compreensão

de outro porque o direito embora mereça ser respeitado do ponto de vista moral, deve garantir coercitivamente suas normas através de punição. A validade do direito para Habermas, desse modo, deve ser interna (plano da legalidade, validade formal da norma) e externa (plano da legitimidade, validade substancial da norma)⁸⁴. Vale dizer, também, que a coerção deve ser exceção para validade jurídica, já que somente sendo considerado legítimo o direito posto torna-se capaz de cumprir seu papel fundamental de estabilização da malha social. Quanto menos legítima for a norma, mais precisará de intimidação para o seu cumprimento. O plano da legalidade não garante a validade do direito por si só porque se nenhum sujeito cumpre a norma fica impossível impor-lhes a sanção. Acrescente-se, ainda, que o mesmo pode ser dito em relação às decisões judiciais, as quais, enquanto normas de resolução de controvérsia, devem ser aceitas e reconhecidas pelos envolvidos no litígio, o que só se obtém através de uma efetiva participação dos litigantes para a formação da convicção judicial. Nesse sentido Lúcio Grassi de Gouvêa afirmou que “a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo”⁸⁵.

Nesse contexto de enquadramento do direito já é possível se inferir a necessidade da intervenção de ambas as espécies de racionalidade para o seu funcionamento. Veja-se que se de um lado a legitimidade do direito pressupõe a comunicatividade, à medida que cada sujeito tem de se ver ao mesmo tempo como autor e destinatário da norma jurídica ou da decisão judicial, o que pressupõe a mais ampla deliberação social ou processual; de outro, caso

do direito moderno: consideramos a validade de uma norma jurídica como um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito – ou seja, garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida por meio de sanções, e, de outro lado, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de citação p. 295.

⁸⁴ “Podemos comentar o duplo aspecto da validade jurídica do ponto de vista da Teoria da Ação. O primeiro aspecto é a validade social ou fática da norma jurídica, que indica o grau de sua imposição e aceitação efetiva pelos consociados jurídicos. Aqui é preciso diferenciar a validade convencional de usos e costumes amadurecidos espontaneamente com a tradição e a validade fática artificialmente produzida do direito positivo, baseado em ameaças de sanções reclamáveis perante um Tribunal. Desse primeiro aspecto distingue aquele da legitimidade da norma jurídica, medida pela aceitabilidade racional das pretensões de validade que tal norma levanta; o primeiro critério para isso é o procedimento racional do processo legislativo de onde as normas surgiram. A legitimidade de uma norma jurídica não depende de ela ser faticamente observada, mas, inversamente sua observância efetiva varia com a fé na sua legitimidade. Quanto menos legitimada uma norma ou um conjunto de normas, mais sua observância dependerá de intimidação, poder das circunstâncias, costume ou mero hábito. LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de citação p. 177.

⁸⁵ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 191.

descumprida uma norma, o mecanismo de coerção jurídica deve ser o mais eficaz possível para manter a coesão do sistema.

Desse modo, se por uma vertente o direito é interação intersubjetiva, por outra o direito é mecanismo, instrumento, meio para realização de fins. Nisso reside a complexidade jurídica que tem continuamente de equacionar instrumentalidade e intersubjetividade. O direito pressupõe não só uma racionalidade comunicativa como também uma racionalidade estratégica. Ao mesmo tempo em que tem de estabelecer expectativas de comportamento sociais legítimas, o direito tem de ser mecanismo efetivo e útil no combate à ilegalidade. O direito tem de legitimar o poder e manter coercitivamente a ordem social.

Vale dizer, que além de um âmbito teórico-cultural, o qual exige uma racionalidade comunicativa, o direito possui afluído um âmbito prático-institucional que almeja eficácia, que reclama efetividade de seus comandos normativos e é também nessa medida que se aplica a contraposição das espécies de racionalidade ao direito. Nesse sentido José Pedro Luchi, seguindo os ensinamentos de Habermas, adverte “[...] que o Direito é ao mesmo tempo um sistema de saber, como um texto de normas a ser interpretado, e um sistema de ação, como uma instituição que regulamenta o agir, a ele compete imediata eficácia prática, o que falta à Moral (como Habermas a entende)”⁸⁶.

O direito, ao mesmo tempo em que exige legitimidade e validade, necessita também de aplicabilidade e efetividade. Por outras palavras, além de ter de ser reconhecido por todos como um conjunto de normas que regula a sociedade o direito tem de ser o melhor meio para atingir a pacificação social, o que cumpre em boa parte através do processo.

Nesse sentido leciona Habermas que:

⁸⁶ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (Org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.127. Na esteira dos mesmos ensinamentos José Pedro chama a atenção, também, para o caráter complementar existente entre direito e moral, o que afasta as lições de Habermas da concepção kantiana para quem o direito era subordinado à moral. E afirma: “A moral se torna assim um saber que não dispõe imediatamente à ação e, portanto, cuja implementação prática é incerta”. [...] Então a Moral racional é complementada com vistas à efetividade da ação pela institucionalização de um Sistema de Direitos, que assim atinge os motivos do agente por um outro caminho”. Confrontar ainda com: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de ref. pp. 296-298. E também: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 110-111; 149-150.

Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância enreda-se à exigência de legitimação de que esse tipo de direito escrito seja capaz de assegurar equitativamente a autonomia de todas as pessoas de direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente. Dessa maneira cria-se uma relação conceitual entre o caráter coercivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade, por outro. [...] no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade⁸⁷.

Assim, por ser um articulador da malha social, por conectar os sistemas econômicos e administrativos ao mundo da vida⁸⁸ e por ter que alcançar os mais variados campos da esfera social o direito tem de se valer tanto de uma racionalidade comunicativa quanto de uma racionalidade estratégica. O direito tem de fornecer soluções, tem de determinar diretamente a ação, tem de possuir aplicabilidade ao mesmo tempo em que almeja legitimidade.

Ademais, como o direito cuida-se de um mecanismo de organização do domínio político, além de possuir como função a pacificação social, regulamentando os conflitos interpessoais, refere-se ao “cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos”⁸⁹. É exatamente por esse motivo que o direito abrange, além da esfera moral, as esferas ética e pragmática, o que demonstra, sobremaneira, a presença das racionalidades comunicativa e estratégica nas normas e decisões jurídicas. Ateste-se que o direito admite não somente razões morais como fundamentos, mas o estabelecimento de leis e decisões judiciais depende de uma rede diversificada de argumentos, motivos e até mesmo de negociações⁹⁰. Em outros termos, o direito, ao mesmo tempo em que se deve estabelecer por um procedimento comunicativo, tanto na esfera legislativa quanto judicial, admite argumentos teleológicos, ou utilitaristas como motivos para fundamentar suas normas e decisões. Pressupõe, destarte, as racionalidades comunicativa e estratégica. Legitima-se pela comunicação, estampada nos

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de citação pp. 294-295.

⁸⁸ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, n.º. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de ref. pp. 181-183.

⁸⁹ “[...] o direito – como meio de organização do domínio político – não se refere apenas à regulamentação de conflitos de ação interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de citação p. 297.

⁹⁰ “A prática legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações – e não apenas de discursos morais”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de citação p. 297.

Princípios da Democracia e do Contraditório⁹¹, ao mesmo tempo em que se utiliza também da equação finalística meio-fim.

Um excelente exemplo para ilustrar essa abrangência jurídica é o Princípio da Reserva do Possível⁹², ou da *Reserva de Consistência*, como prefere Peter Häberle⁹³, pelo qual, paralelamente à justiça ou à correção da decisão, existe um limite fático, um impedimento eminentemente pragmático que impossibilita o provimento jurisdicional nos termos pleiteados. Adequar um provimento jurisdicional à real possibilidade de sua efetivação empírica demonstra, cabalmente, a admissão de um argumento meramente pragmático no discurso jurídico.

Vale dizer, ainda, que todo o exposto acima se encontra sobremaneira evidenciado no âmbito do direito processual já que além de ser instrumento de efetivação a serviço do direito material, tem de se desenvolver comunicativamente, obedecendo ao Princípio do Contraditório⁹⁴. Também em relação ao processo, Habermas adverte que na prática das decisões judiciais “as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática”⁹⁵.

⁹¹ A melhor doutrina vem encarando o contraditório como fomentador da democracia no direito processual. Nesse sentido conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, V. 15, 1998, p. 18; CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n° 2, apr./giug. 2005, pp. 449-463; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 184. “Sua [da democracia] expressão no processo é o princípio do contraditório: *valor-fonte da dialética processual*”.

⁹² Para um estudo do Princípio da Reserva do Possível à luz da eficácia das decisões judiciais conferir: OLIVEIRA NETO, Sérgio de. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais. In: *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto928.rtf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007.

⁹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Obj. de ref. p. 42.

⁹⁴ Além do Princípio do Contraditório, que denota a face discursiva do processo é certo, ainda, que o processo pressupõe a linguagem e pode ser visto como um jogo especial de argumentação. Vejam-se as palavras de Habermas: “As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 292.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 292.

Portanto, tem-se que um juiz ao decidir um conflito judicial deve ter em mente não somente a justiça moral ou a adequação ética da decisão, mas também o que é faticamente possível. E a correção da decisão estará intimamente relacionada com a articulação de todos os argumentos decorrentes desses âmbitos, conforme se demonstrará mais a frente.

3 Discurso (racionalidade comunicativa) e eficácia (racionalidade estratégica): características inerentes ao direito processual

3.1 Discurso e eficácia

Se de um lado a racionalidade comunicativa pressupõe o discurso; de outro, a racionalidade estratégica encontra-se intimamente ligada à eficácia.

Segundo Guido Almeida⁹⁶, Habermas entende discurso (diskurs) como uma situação lingüística ideal⁹⁷. Discurso é apresentado pelo autor alemão como uma espécie de comunicação ou de fala que possui por objetivo fundamentar pretensões de validade das opiniões e normas em que se baseia implicitamente a outra espécie de comunicação ou fala, o “agir comunicativo” ou “interação”. Portanto, é por possuir um aspecto intersubjetivo que o discurso classifica-se como uma espécie do gênero comunicação.

Desse modo, como mecanismo que visa fundamentar o agir comunicativo o discurso revela-se como um processo de comunicação que visa ao entendimento mútuo o qual está na base de toda a interação, pois somente uma argumentação em forma de discurso permite o acordo de indivíduos quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas. Sob outro aspecto, vale ressaltar também, que o discurso pressupõe a interação, isto é, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. O discurso é uma verdadeira idéia reguladora, o qual, como uma situação lingüística ideal, é um norte teórico para a práxis comunicativa que só seria atingível em condições ideais de realização. Tal qual entendido por Habermas discurso é um modelo, um norte ideal para a comunicação, uma utopia⁹⁸. A práxis discursiva da argumentação repousa nos seguintes pressupostos idealizantes: “(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-

⁹⁶ ALMEIDA, Guido. Nota preliminar do tradutor. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

⁹⁷ “É “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.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 142.

⁹⁸ FREITAG, Barbara e ROUANET, Sergio Paulo. *Habermas – Sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

coercitiva do melhor argumento, e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes”⁹⁹.

No que tange a eficácia, a mesma é inerente à própria idéia de racionalidade instrumental. Se a racionalidade instrumental, conforme definida outrora, visa investigar ou definir qual o melhor meio para se atingir um determinado fim, tem-se que trabalha diretamente, ou seja, em uma relação interna, com as idéias de utilidade e eficácia. Eficácia é, tal qual o discurso para a comunicatividade, o mecanismo de fundamentação da racionalidade estratégica, já que o meio ideal é aquele que se revela mais eficaz para a obtenção de um fim. Vale ressaltar que, segundo Habermas, a sanção no sistema de ação racional teleológica (instrumental e estratégica) é a ineficácia, que é vista como fracasso perante a realidade¹⁰⁰. Dessa forma a eficácia é da própria essência de instrumentalidade. Mas como discurso e eficácia se relacionam com o direito e, em especial, com o direito processual?

3.2 Discurso e eficácia no direito

Ora, em relação ao direito como um todo é certo que, conforme já destacado, o mesmo pressupõe eficácia¹⁰¹ e legitimidade. E se de um lado a eficácia pressupõe estratégia; a legitimidade deve advir do modo como o direito é positivado, o qual deve estar ligado ao discurso como mecanismo democrático.

Habermas destaca que:

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 46.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. p. 59.

¹⁰¹ Adota-se o termo eficácia tanto em sua conotação social como jurídica. Quanto ao ponto Luís Roberto Barroso leciona que: “Tratando-se de uma norma, a eficácia designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma. [...] Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (*Anerkennung*) do direito pela comunidade, ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. Obj. de citação pp. 81-83.

[...] em primeiro lugar, ele (o direito) precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa¹⁰².

Dessa forma tem-se que o processo legislativo não pode ser estratégico, mas comunicativo, porque no conceito de direito já está instalado o Princípio Democrático, já que sua legitimidade só pode ser assegurada pela aceitabilidade de suas regras por parte de todos os cidadãos livres e iguais, o que tem uma força altamente sócio-integrativa¹⁰³. O direito deve ser fruto de uma vontade cívica autônoma e não de uma vontade empírica e contingente¹⁰⁴. Nesse sentido o direito não é autopoietico, sua produção e reprodução dependem de um consenso dos cidadãos. Essa é a *tensão no âmbito legislativo entre a facticidade e a validade* do Direito – direito simplesmente posto pela constrição *versus* reconhecimento da lei pelos cidadãos através da aceitação comunicativa. Fica claro, pois, a necessidade de se unir a Forma do Direito (Processo legislativo) à legitimidade da norma (Princípio Democrático: deliberação, discurso, comunicação, consenso). José Pedro Luchi destaca que

O Princípio da Democracia estabelece as condições para uma legítima colocação de lei, isto é, que seja processada pelas instâncias autorizadas de discussão, e assim possam obter a adesão de todos os consociados jurídicos. Tal princípio já pressupõe a possibilidade de fundamentações em discursos, e diz somente como pode ser institucionalizada a formação racional da opinião e da vontade política, isto é, através de um Sistema de Direitos¹⁰⁵.

Nesse quadro a razão comunicativa aparece como um modelo procedimental formal e não como um conjunto de regras substanciais que dita um padrão ao direito. Vale dizer, a

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 51.

¹⁰³ Nesse sentido, tratando da concepção atual de democracia, Ovídio A. Batista da Silva ensina que: “As concepções modernas de regime democrático, como forma de autogoverno (como se diz, “do povo e para o povo”), têm evidenciado uma tendência para conceituar a democracia não como a entendiam a Revolução Francesa e as concepções liberais dos séculos XVIII e XIX, ou seja, como democracia representativa, em que o povo apenas se limita a eleger os seus governantes, mas como governo participativo, e não simplesmente representativo. A respeito desta nova e fecunda perspectiva do direito público são fundamentais os inúmeros ensaios de Mauro Cappelletti a respeito do que ele sugestivamente denomina *giustizia coesis-tenziale*, forma de produção e realização do direito não apenas pelo Estado que o produz para consumo da nação, e sim como produção do direito por seus próprios “consumidores”, ou seja, pela comunidade jurídica a que a norma legal se destina, como imperativo de conduta social (veja-se, a respeito, igualmente VICTORIO DENTI, *Un progetto per la giustizia civile*, p. 270)”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1: Processo de Conhecimento. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2003. Obj. de citação p. 16.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 52-53.

¹⁰⁵ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.125.

legitimidade jurídica ou moral não é decorrente de um conteúdo pré-dado, isto é, depende do procedimento pelo qual suas regras são estabelecidas. (A legitimidade é dada pelo procedimento). Obviamente isto não invalida a existência de valores sociais ou mesmo de pré-compreensões, ocorre que a tradição é apenas mais uma fonte de argumentos que devem ser colocados em discussão através de um procedimento discursivo e democrático.

Quanto ao ponto Habermas leciona 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 a motivação e à conduta da vontade¹⁰⁶.

Ademais, embora comunicativamente legitimado, o direito admite em seu conteúdo razão dos âmbitos moral, ético e pragmático como se verá, detidamente, abaixo. Assim, uma vez legitimada por um procedimento discursivo racional, uma razão eminentemente estratégica, pragmática, pode vir a ser o fundamento de existência de uma determinada norma. Frise-se, igualmente, que o direito já é, em si mesmo, estratégico, posto que possui funções determinadas na malha social, as quais deve desempenhar do melhor modo possível.

Por outra vertente, vale destacar que as idealizações produzidas pelo direito possuem o mesmo mecanismo daquelas contidas nos “atos de fala que geram forças vinculativas entre os atores sociais porque cada um age já antecipando a previsível resposta do outro e devendo poder legitimar sua ação caso seja necessário”¹⁰⁷. Nesse sentido tem-se que a norma é uma expectativa de comportamento.

Novas razões que surgem de um processo evolutivo ou de aprendizado, contudo, são constantes ameaças ao consenso e a estabilidade social¹⁰⁸. Desse modo a sociedade precisa

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 21.

¹⁰⁷ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de ref. pp. 180.

¹⁰⁸ “Processos de aprendizado podem mudar racionalmente o *standart* de razões. Isso significa que razões carregam consigo o risco de dissenso social e de desestabilização da integração. Diante de riscos de desestabilização existem também estratégias estabilizadoras. O mundo da vida como pano de fundo de convicções espontâneas, que não chegam à tematização senão ao preço de perderem a condição de convicções

constantemente de estratégias de estabilização. As primeiras dessas estratégias são as convicções espontâneas compartilhadas decorrentes da tradição (mundo da vida: certezas intuitivas); as segundas são as convicções religiosas (certezas intocáveis: sacrais).

No entanto, “com a diferenciação que caracteriza a evolução social, aumenta o risco de dissenso”¹⁰⁹. Além disso, em sociedades complexas formam-se âmbitos não mais dirigidos pelo agir comunicativo, como são a economia e a administração. Ademais, ocorreu uma fluidificação de certezas intocáveis, abalando as bases dos mecanismos de estabilização tradicionais. Aí surge o direito institucionalizando o dissenso para assim promover o consenso “por uma elevação da possibilidade de dissenso”¹¹⁰. O direito é uma resposta a des-limitação da comunicação, tornando-se o principal mecanismo de integração social em sociedades modernas e nesse sentido deve ser um mecanismo eficaz¹¹¹.

Nesse quadro o direito é o *médium* que liga o mundo da vida e os sistemas econômicos e administrativos (é uma dobradiça)¹¹². Somente a linguagem jurídica é capaz de realizar a ligação entre os diversos âmbitos ou sistemas existentes na sociedade. Existem âmbitos como a escola e a família que são somente pós-regulados pelo direito (em caso de conflito), no entanto, âmbitos como a economia e a administração devem ser regulados pelo direito em

espontâneas, é uma base consensual não tematizada, onde facticidade e validade se fundem e permanecem assim fundidas aquém do umbral da problematização. Uma outra estratégia estabilizante é a reserva de um núcleo de convicções comuns não problematizáveis, com base na autoridade sacral”. LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de citação p. 180-181.

¹⁰⁹ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de citação p. 181

¹¹⁰ LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001. Obj. de citação p. 181. Também Hermes Zaneti Júnior afirma: “As sociedades complexas em que são muitos os pólos de difusão do poder (família, mercado, Estado etc.) devem assegurar o dissenso e a possibilidade de um discurso jurídico válido, mesmo contra as maiorias aparentes; essa necessidade está aliada à unidade da Constituição e à “pretensão de correção” que lhe confere sentido”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 135.

¹¹¹ Ovídio Batista da Silva destaca que: “Perdidas as referências comportamentais baseadas nos padrões religiosos e éticos, a “sociedade afluyente” vê-se obrigada a orientar-se, cada vez mais, por meio de preceitos jurídicos”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 98-113. Obj. de citação p. 102. Também Antônio Carlos de Almeida Diniz que afirma: “Sob o impacto das forças modernizadoras, o status das teorias de legitimidade baseadas em cosmovisões totalizantes de cariz mítico, religioso e ontológico se tornou problemático, resultando no seu gradual esvaziamento e superação pelo estágio de justificação fundado em condições racionais-formais de mobilização do consenso”. DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006. Obj. de citação p. 164. Cf. VALDÉS, Ernesto Garzón. *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Col. Cuadernos e debates. Vol. 1. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, s.d. Obj. de ref. pp. 5-6.

¹¹² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 112.

todos os seus atos. Eles são ancorados no mundo da vida pelo direito, que, por sua vez, limita a atuação dos mesmos sobre aquele. Não obstante isso, o direito sofre constante pressão externa desses âmbitos (poder não domesticado) e não pode sucumbir aos mesmos devendo permanecer com sua base comunicativa (discurso) de produção e reprodução, para que possua legitimidade e possa continuar a ser um mecanismo de estabilização social (eficácia).

Frise-se, ademais, que o direito visa normatizar não somente relações de produção da ciência e da técnica, mas também relações humanas que pressupõe interação intersubjetiva, já que o homem não possui um comportamento regrado pela lógica do meio-fim, mas antes ele é um fim em si mesmo; e é sob esta perspectiva que o direito deve normatizar as relações dos homens entre si, além de impedir a instrumentalização dos mesmos pela ciência, pela técnica e pelo próprio Estado.

Portanto, ao mesmo tempo em que é discurso, o direito também é meio eficaz, sendo que ambos: discurso e eficácia são características inerentes ao direito. Mas como tais características apresentam-se no âmbito do direito processual?

3.3 Discurso e eficácia no direito processual

Conforme se depreende das considerações empreendidas até o presente ponto, a legitimidade pós-convencional do direito para Habermas só pode decorrer do Princípio da Democracia, uma das espécies em que se divide o Princípio do Discurso (a outra é o Princípio da Moral)¹¹³. Pelo Princípio da Democracia “são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção”¹¹⁴. Por outras palavras o Princípio da Democracia propicia “um processo de entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência”¹¹⁵. Portanto a legitimidade do direito pressupõe o discurso (razão comunicativa) representado como veículo de interação intersubjetiva.

¹¹³ Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. P. 143.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 138.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 115.

De outro lado, no entanto, além de um sistema de símbolos, um saber cultural como é a moral, o direito também é um sistema de ação¹¹⁶, conforme já referido acima. Como um sistema de ação o direito tem “eficácia imediata para a ação”¹¹⁷. Disso decorre que o direito pressupõe também a utilização de uma racionalidade estratégica, na medida em que precisa garantir, além de uma legitimidade social, uma efetividade institucional. O direito adquire efetividade institucional, no entanto, não através da adoção da razão estratégica como seu mecanismo de legitimação, mas possibilitando a utilização de argumentos dessa ordem no discurso jurídico, na medida em que são submetidos ao processo deliberativo não somente argumentos de ordem moral ou ética, mas também argumentos de ordem pragmática.

Fato é que a racionalidade estratégica aparece no direito por meio do fornecimento de argumentos vinculados ao âmbito pragmático. E, portanto, para adquirir legitimidade jurídica argumentos decorrentes de uma racionalidade estratégica tem de passar por um processo deliberativo-democrático que por sua vez trata-se de um processo ditado pela racionalidade comunicativa.

Fixadas tais premissas vale frisar, desse modo, que para o direito material a racionalidade comunicativa apresenta-se pelo Princípio do Discurso o qual, para o direito, se especifica como o Princípio Democrático que se unindo à Forma do Direito ditam a legitimidade da norma positivada através de um procedimento deliberativo. E a racionalidade estratégica possui como função fornecer argumentos para o âmbito pragmático de atuação do direito. Já para o direito processual a tensão entre discursividade e eficácia é do próprio mecanismo de concretização da norma jurídica. Por outras palavras, no processo, a presença da razão instrumental é mais acentuada, uma vez que a mesma participa não somente fornecendo argumentos para o discurso processual, mas é, verdadeiramente, parte integrante do método processual. No processo, não somente a atuação das partes, mas principalmente a necessidade de sua vocação prática e de efetivação fática, fazem com que a estratégia adquira uma posição relevante. Por outro lado o discurso é a outra face do processo, enquanto imperativo do Princípio do Contraditório¹¹⁸.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 141.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 150.

¹¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco destaca ainda que: “A regra do diálogo, inerente à garantia constitucional do contraditório em sua feição moderna, integra o chamado *ativismo judiciário* e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução, conclamando-as a complementar provas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Para Aroldo Plínio Gonçalves, com base em

Assim, se as normas jurídicas sem o Princípio do Discurso não possuem legitimidade, o processo sem discurso não pode se estabelecer. Processo é diálogo e não monólogo.

Nesse sentido Piero Calamandrei é explícito ao afirmar:

O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e de reações, de estímulo e de impulsos contrários, de ataques e de contra-ataques. Por isso foi assimilado a uma luta ou a uma disputa esportiva; mas é um luta de persuasões e uma disputa de argumentos¹¹⁹. (tradução livre)

Em outra obra, o autor italiano ainda completa: “Os atos processuais, formados e ordenados daqueles modos que vimos até agora, resultam da colaboração de várias pessoas, cuja atividade se sucede alternativamente na série, do mesmo modo que nas intervenções de um diálogo”¹²⁰.

Também Ada Pellegrini Grinover destaca que o Princípio da Participação é “insito em qualquer processo” na medida em que é esse Princípio a representação do objetivo político do processo, o qual, por sua vez, é representado no processo individual pela garantia constitucional do contraditório e no processo coletivo pela participação que é proporcionada pelo próprio processo, já que processos com base em direitos coletivos são um grande

Fazzalari: “O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. Obj. de citação p. 127.

¹¹⁹ “Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti”. CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. In: *Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano, 1965, pp. 618-702. Nesse sentido também Francesco Redenti que fala da “estrutura dialética do processo”. REDENTI, Francesco. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1939. Obj. de ref. p. 59.

¹²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003. Obj. de citação p. 278. Mais à frente, demonstrando uma confluência de interesse das partes e pregando a necessidade de colaboração entre as mesmas, completa: “Quanto ao conteúdo da decisão, as aspirações de cada litigante podem estar em conflito com as do adversário, mas quanto a pedir que se pronuncie uma decisão estão todos de acordo, e quanto a isso seus interesses confluem – como pode ocorrer, ainda que a semelhança seja distante, em uma competição esportiva em que todos os competidores, mesmo almejando cada um para si a vitória final, estão, contudo, de acordo em se ajustar às regras do jogo e em colaborar para o normal desenvolvimento da partida”. Obj. de citação p. 280.

mecanismo de inserção judicial das massas, que vêm seus direitos tutelados pelo chamado “representante adequado”¹²¹.

Araken de Assis chama a atenção que “[...] em qualquer circunstância, o processo continuará dialético, mostrando-se inadmissível comprimi-lo a ponto de transformar a justiça em algo instantâneo e automático”. E adverte: “O discurso fácil em prol da rapidez e, notoriamente, da “efetividade” já produziu deformações notáveis”¹²².

Em outra medida é celebre a frase de Chiovenda de que “o processo deve dar praticamente, porquanto é possível, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber”¹²³, demonstrando o imperativo de eficácia e efetividade.

Quanto ao ponto, João Batista Lopes destaca que “a tendência dominante é no sentido de relacionar efetividade com o resultado do processo”¹²⁴, pelo que efetivo seria o processo em que se atingisse o resultado prometido pela ordem jurídica. Também Moniz de Aragão para quem “relacionado ao processo, o vocábulo traduz a preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dele é normal esperar”¹²⁵, no que é igualmente acompanhado por Augusto Tavares Rosa Marcacini o qual leciona que o conceito

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 27-32. Obj. de citação p. 30.

¹²² ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 195-204. Obj. de citação p. 197. Na mesma página, denunciando, ainda, o amadorismo e os equívocos das reformas processuais em busca da celeridade processual adverte: “Não é demasia afirmar que a base racional de todas as alterações empreendidas sofre de vício congênito e insanável. Elas se baseiam em palpites mais ou menos felizes. O principal malefício de pretender a erradicação do problema da demora por intermédio das reformas processuais consiste em eleger solução simplista e rumo equivocado. As mazelas reais ou hipotéticas do processo jamais acabarão dando-se invariavelmente razão ao autor. É fato perceptível nas obras doutrinárias recentes, interpretando e patrulhando as reformas, a má vontade com os réus. Vários processualistas meteram-se na duvidosa empreitada de reinventar o processo banindo o réu. Com razão superficial, perceberam o papel de inimigo acerbo e natural da efetividade desempenhado pelo réu. Não só o réu contraria a pretensão do autor, como a ela resiste por meios legítimos. Recusa-se o réu a colaborar, a cumprir ordens judiciais e, de um modo geral, a quedar-se inerte, propiciando celeridade ao processo. Ao invés, resiste e recorre, pondo tudo a perder. O fato de o réu não corresponder às elevadas expectativas nele depositadas nos devaneios doutrinários exige medidas extremas e enérgicas para eliminá-lo do cenário”.

¹²³ A celebre afirmação de Chiovenda é tratada pela doutrina como postulada da máxima coincidência e foi esculpido originalmente com a seguinte expressão: “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell’azione nasce dal contratto preliminare*, in Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993. Obj. de citação p. 110.

¹²⁴ LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 134-141. Obj. de citação p. 135.

¹²⁵ ARAGÃO, Moniz. *Efetividade do processo de execução*. O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Acides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. Obj. de citação p. 127.

de efetividade depende de prévia determinação do que se espera do processo¹²⁶, ponto em que, aceitando a já clássica doutrina de Cândido Rangel Dinamarco sobre os escopos do processo, tem-se que efetivo é o processo que proporciona pacificação com justiça, certeza, segurança e efeito pedagógico¹²⁷.

Adverte João Batista Lopes, contudo, que “não se pode confundir efetividade com celeridade processual”, já que aquela não se exaure pela simples presença desta e, ademais, faz-se essencial que o resultado alcançado obedeça ao Princípio do Devido Processo Legal, representado por todas as garantias processuais, para que se obtenha um processo *equo e giusto*¹²⁸, como falam os italianos¹²⁹.

Assim, para um conceito mais amplo de efetividade vale transcrever parte dos estudos de José Carlos Barbosa Moreira, para quem:

(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias¹³⁰.

¹²⁶ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudos sobre a efetividade do processo civil*. 1999. Tese – USP. Obj. de ref. p. 38.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Confrontar, também, com: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. pp. 58-60 e 84; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. Obj. de ref. p. 17.

¹²⁸ Nicolò Trocker ensina que: “«Giusto» non è qualunque processo che si limiti ad essere «regolare» sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività. E tale è il processo che si svolge davanti ad un giudice imparziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in un tempo ragionevole, come appunto stabilisce l'art. 111 cost.” TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dotta Giuffrèeditore, 2002, pp. 381-410. Obj. de citação p. 386. Sobre o tema conferir, também: CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *In: Repro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 152, outubro de 2007, pp. 87-108. Já em relação ao Princípio do Devido Processo Legal conferir o excelente estudo: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

¹²⁹ LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do processo civil. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 134-141. Obj. de citação p. 136.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema de efetividade do processo. *In: Revista de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. Obj. de citação p. 27. O autor adverte, também, que: “Se

Verifica-se, portanto, que no âmbito do direito processual intensifica-se a presença tanto do discurso quanto da eficácia. Aquele, além de se manter como fundamento de legitimidade, tal qual no direito material, revela-se essencial à forma do processo¹³¹; esta, embora permaneça como critério argumentativo do âmbito pragmático, torna-se fundamental para o cumprimento dos escopos processuais, garantindo, inclusive, reconhecimento social para a atuação jurisdicional. José Roberto dos Santos Bedaque bem destaca que: “O instrumento precisa ser eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido”. E completa: “O ordenamento jurídico é eficaz não por prever de forma abstrata a existência de direitos, mas principalmente pela efetiva tutela destes”¹³².

Assim, se no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo o Princípio Democrático é estampado principalmente pelo voto, no Judiciário, só uma efetiva participação¹³³ das partes para a formação do provimento jurisdicional é capaz de legitimar a decisão de modo que ela possa, ao mesmo tempo em que garanta segurança jurídica e efetividade, realizar justiça no caso concreto, conforme se tratará mais adiante.

Fica claro, ademais, que efetividade e eficácia são dependentes do nível de legitimidade presente nas normas jurídicas e no processo judicial. Somente normas socialmente legítimas e um processo judicial participativo e democrático podem produzir os efeitos e atingir os fins propostos pela ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito. Por outras palavras, não basta a mera força ou a mera coerção estatal, só se pode obter real efetividade e

uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. Obj. de citação p. 05. _____ *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 228-238. Obj. de citação p. 232.

¹³¹ Nicolò Trocker afirma que: “[...] o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do ‘iura novit curia’ seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão”. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: Problemi di diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. Obj. de citação p. 670.

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação. p. 66-67.

¹³³ Luiz Guilherme Marinoni afirma que: “A legitimação pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* para tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação”. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 541-574. Obj. de citação p. 544.

eficácia no direito quando os argumentos estratégico-pragmáticos são legitimados por um processo deliberativo democrático que permite aos destinatários da regra serem também seus autores, o que implica em admitir, também, que apenas reformas legislativas não possuem o condão de resolver problemas de efetividade do processo¹³⁴, mas antes deve-se considerar que problemas complexos demandam soluções diversificadas por meio do envolvimento de seus vários aspectos.

¹³⁴ Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque afirma que: “Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril”. De outro lado adverte que “Dúvida não há de que o aumento puro e simples do número de magistrados, visando aproximar o Brasil dos padrões mundialmente aceitos, seria não só inviável como insuficiente”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 53 e 22, respectivamente. Conferir, igualmente, os estudos de José Carlos Barbosa Moreira, que chama atenção para o freqüente erro de se atribuir à legislação a responsabilidade pela morosidade. Vejam suas palavras: “Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe um novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 228-238. Obj. de citação p. 235-236. Artigo publicado também *In: Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. Obj. de ref. pp. 04-05.

4 Os três âmbitos de validade do direito: uma decorrência das racionalidades comunicativa e estratégica

Muito embora o conteúdo do presente item já tenha sido mencionado ao longo da análise do pensamento habermasiano que se tem empreendido, cuida-se de tema que merece destaque por ser questão essencial para a compreensão do direito como um sistema de ação tendente a estabilização da malha social bem como da diversidade de argumentos que se fazem presentes nas discussões judiciais e no processo legislativo.

Ademais, toda a complexidade jurídica, ao menos no ver de Habermas, encontra-se intimamente relacionada à existência e à contribuição destes três âmbitos de validade para a formação do sistema de direitos. Conforme se buscará demonstrar, grande parte da dificuldade de se equacionar coerentemente e fundamentadamente a produção normativa e as decisões judiciais decorre da amplitude proveniente da presença de tais âmbitos, assim como das tensões existentes em suas relações. Falando do processo democrático de formação do direito Habermas adverte que “esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos etc.”¹³⁵.

De outro lado, fica claro também que se o direito deve perseguir fins ilocucionários, provenientes de um ideal regulador comunicativo que deve reger toda a interação humana, ele também deve ter aplicabilidade fática e, portanto, valer-se de acordamentos, compromissos, notadamente em questões em relação as quais não se pode atingir um consenso¹³⁶.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 290.

¹³⁶ “[...] na moral o ponto de vista considerado é apenas aquele mais abstrato de uma resolução de conflitos que possa resultar no que é “bom” para todos os envolvidos, enquanto no Direito se inserem também questões da auto-compreensão da coletividade e, então, dos fins e valores e dos meios para realizá-los. Também deve ser incluído o âmbito dos compromissos negociáveis, onde não há possibilidade de entendimento”. LUCHI, José Pedro. *A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado*. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.143. Vale advertir, portanto, que um compromisso é um acertamento uma média entre duas idéias, um acordo. O consenso, contudo, exige entendimento mútuo, ou seja, a aceitação dos mesmos argumentos pelas mesmas razões.

José Pedro Luchi ensina que: “Habermas reserva o termo “entendimento racional” (Einverständnis) para o campo moral, enquanto para o âmbito jurídico ele emprega “combinação” (Vereinbarung). No primeiro campo temos um dever, no segundo devemos assumir obrigações (ou vinculações)”¹³⁷.

Nesse quadro Habermas destaca que o direito é, ao mesmo tempo, mais restrito e mais abrangente que a moral; mas restrito porque só possui pretensão de ação exterior sobre o agente; e mais abrangente porque “o direito – como meio de organização do domínio político – não se refere apenas à regulamentação de conflitos de ação interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes”¹³⁸.

Contudo, antes de se verificar a precisa atuação dos âmbitos moral, ético e pragmático sobre o direito e o processo impõe-se descrever como os mesmos se caracterizam.

4.1 A moral, a ética e a pragmática

Para delimitação e caracterização da moral, da ética e da pragmática, o ponto de partida é uma diferenciação entre os modos de se utilizar a razão prática, quais sejam: o uso pragmático, o uso ético e o uso moral. Nesse intento, conforme a linha do presente estudo, utilizar-se-á,

¹³⁷ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.144.

¹³⁸ “O mesmo vale em uma visão extensional. As matérias juridicamente carentes de regulamentação são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes do que os assuntos moralmente relevantes: são mais restritas, porque só o comportamento exterior da regulamentação jurídica é acessível, ou seja, apenas o seu comportamento coercível; e são mais abrangentes, porque o direito – como meio de organização do domínio político – não se refere apenas à regulamentação de conflitos de ação interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes. Diversa da reivindicação normativa de validação dos mandamentos morais, que é claramente delimitada, a reivindicação de legitimidade das normas jurídicas apóia-se sobre vários tipos de razões. A práxis legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações – e não apenas de discursos morais”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Obj. de citação p. 297.

primordialmente, de um breve texto de Habermas intitulado: “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”¹³⁹.

Em rápida digressão tem-se, então, que o significado de razão prática utilizado por Habermas foi pensado inicialmente por Kant, que diferenciou o uso da razão em teórico e prático, pelo que enquanto aquele se volta para o pensamento (atividade intelectual); este se inclina sobre o agir do ser racional. Razão prática, portanto, relaciona-se ao agir, aos atos, às atitudes cotidianas.

Nessa linha, em sua vertente prática, a razão volta-se para o agir de três maneiras diferentes, podendo ser utilizada diferentemente conforme cada um desses modos, que lhe servem de motivos ou fundamentos para o agir.

No uso pragmático da razão, o motivo da ação é o objetivo que se visa atingir. O agir pragmático é estratégico, orientado por fins. Neste modo de agir não entram no discurso argumentos éticos ou morais, o móvel da ação é somente a obtenção de determinado resultado – seu fundamento é a eficácia. Assim, a ação do agente é egocêntrica, ou seja, voltada apenas para o seu próprio interesse, o seu próprio “eu” e apenas de forma exterior, já que não se preocupa com uma vivência interna ou com uma coerência pessoal (modo de vida autêntico).

Habermas vê no utilitarismo a expressão filosófica deste agir, já que tal movimento possui como critério determinante da ação o útil, considerando justo aquilo que visa promover a felicidade, que é vista como o prazer e a inexistência de sofrimento.

Vale dizer, ainda, que se no âmbito individual o agir pragmático revela-se egocêntrico, no campo social é marcado pelo individualismo, princípio que também move o capitalismo e rege em grande medida a atual ordem mundial. Para Habermas o uso pragmático é hoje responsável pela chamada colonização do mundo da vida, que representa a invasão da racionalidade instrumental em todos os aspectos e nuances da vida pessoal e coletiva, subordinando o agir humano ao Princípio da Eficácia.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP* n° 7. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007.

Por sua vez, o uso ético da razão prática funda-se na busca do que é bom, seja individualmente, seja coletivamente. Relaciona-se ao nível de coerência de uma decisão com um projeto de vida ou de desenvolvimento social. Desprende-se de uma razão puramente instrumental e ingressa no campo da investigação do tipo de pessoa que se é, ou que se gostaria de ser; e do tipo de sociedade que se tem, ou que se gostaria de ter. Nas palavras de Habermas:

Quanto mais radicalmente essa questão se põe, tanto mais ela se exacerba no problema de saber que vida se gostaria de ter, e isso significa: que tipo de pessoa se é e, ao mesmo tempo, se gostaria de ser. Quem, em decisões de importância vital, não sabe o que quer, perguntará por fim quem ele é e quem ele gostaria de ser. O uso ético da razão diz respeito ao bem viver: a razão, nesse caso, busca o que é bom¹⁴⁰.

Segundo o autor cuida-se de um agir axiológico, o qual depende não somente de auto-conhecimento e auto-compreensão, como também da existência de certos ideais, certos valores, que por sua vez nascem do contexto social de uma determinada sociedade. A ética para Habermas é estreitamente alinhada à coletividade em que se vive; é, pois, contextual, contingente, dependente do conjunto de valores culturais.

Vale destacar, também, que nem sempre o uso ético da razão prática distancia-se por completo de uma postura egocêntrica. Veja-se o que Habermas afirma textualmente:

A vida que é boa para mim toca também as formas de vida que nos são comuns. Assim, o *ethos* do indivíduo permanecia, para Aristóteles, referido e adstrito à "polis" dos cidadãos. No entanto, as questões éticas têm uma direção inversa das questões morais: a regulação dos conflitos interpessoais entre as ações, os quais resultam de esferas de interesses contraditórias, ainda não é tema aqui¹⁴¹.

Da passagem transcrita depreende-se que embora o uso ético da razão prática faça apelo a valores, estes não são questionados, mas apenas retirados do mundo social e utilizados como fundamento da ação, o que o distancia do uso moral da razão que parte do questionamento de valores em busca de seu aperfeiçoamento ou transformação.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 6.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 9.

Nota-se, então, que a teoria ética habermasiana possui íntima relação com a ética de Aristóteles, para quem o comportamento do cidadão deve fundar-se no ideal da vida boa¹⁴², sendo esta determinada pela coletividade à qual pertence o indivíduo (para Aristóteles a *polis*), revelando-se um ideal coletivo fundado na tradição. O ponto central deste uso da razão é a busca de integração em um processo coletivo que ao mesmo tempo respeita as individualidades do sujeito.

Ademais, a ética, diferentemente da moral, não exige um respeito simétrico para com todos, mas um respeito que se relaciona com a esfera particular de interesse, daquilo que se tem por bom. É plausível afirmar-se, portanto, que questões éticas estão na passagem entre um agir puramente estratégico (uso pragmático, razão instrumental) e um agir comunicativo (uso moral, razão comunicativa).

Por fim, tem-se a moral, cujo princípio norteador é a justiça. Para Habermas questões morais são sempre intersubjetivas, já que nascem da interação dos indivíduos. Assim, quando o agente, em interação com os demais indivíduos, pergunta-se sobre o que é justo, ele emprega a razão prática segundo um novo princípio, o Princípio Moral, já enunciado anteriormente.

Este é, pois, o ponto de ruptura da razão prática com as tradições, com as convicções que formam o mundo da vida, já que a busca pela justiça rompe com aspectos particulares e históricos de uma dada sociedade ou modo de vida. A partir de tal ruptura as interações desprendem-se de seu caráter local e tornam-se particularmente abstratas, ou seja, esvaziam o discurso de argumentos contingentes e contextuais, tendo como único móvel a justiça.

José Pedro Luchi muito bem esclarece que:

Comandos morais são devidos porque “corretos” ou “justos”, e não porque propiciam a obtenção de determinados fins, mesmo que fossem a felicidade pessoal ou o bem-estar social. Questões de justiça dizem respeito à resolução imparcial de conflitos, segundo critérios que possam ser aceitos por todos os interessados. Normas morais devem expressar o que é “bom” para todos. Valores, diferentemente, “dizem quais bens pessoas determinadas ou coletividades almejam ou preferem sob determinadas circunstâncias” (FG, 190). Valores são, portanto, relativos a determinada coletividade, enquanto normas morais são absolutamente válidas para todos e cada um. Por isso, “justiça” não é um valor entre outros, não está no mesmo plano dos valores. Normas morais podem também se referir a

¹⁴² Ou como afirma Habermas nas questões clínicas do bem viver. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP* n° 7. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 8.

valores, mas somente na medida em que são universalizáveis, em cada caso concreto¹⁴³.

Portanto, em seu papel de questionamento dos valores inseridos no mundo da vida o agir moral desenvolve-se a partir de situações coletivas, de conflitos nos quais diversos indivíduos estão envolvidos. Vale dizer que é precisamente em face de problemas e dissensões sociais que o senso moral é despertado, desenvolvendo-se pelo agir comunicativo.

Destaque-se, também, que o estabelecimento de princípios morais capazes de sustentar normas de ação somente acontece por meio do diálogo, respeitadas, tanto quanto possível, as premissas ideais do discurso. Quer-se dizer, desse modo, que não existem princípios morais *a priori* à realidade da interação comunicativa. É no interior do discurso, em uma atitude voltada para o entendimento (ilocucionária), que se revela possível a busca por princípios morais e por sua aplicabilidade. Só sob os pressupostos comunicativos do discurso ampliado universalmente pode-se obter validade de normas e ações, na medida em que se afasta a subjetividade através da prevalência do melhor argumento pela interação intersubjetiva. As normas têm de se fundamentar no interesse comum, que só pode ser obtido pelo discurso. A vontade determinada por fundamentos morais, portanto, relacionam-se a uma razão argumentativa no ver de Habermas.

Nesses termos pode-se dizer que as normas que orientam ações cujo fim último é a comunicação entre as pessoas são as que dirigem a reflexão e o questionamento moral. Tais normas são, em verdade, bastante simples, fazem parte do dia-a-dia, estando presentes todas as vezes que ocorre comunicação voltada para o entendimento, guiada por um Princípio de Universalidade, o que implica rejeição de discriminações, dissensões, violência e coação (dentro ou fora do discurso). São, no fundo, guiadas pelo respeito mútuo, pela veracidade, sinceridade, autenticidade, lealdade etc.

Esta prática é denominada por Habermas de “Ética do Discurso”¹⁴⁴, veja-se a seguinte passagem:

¹⁴³ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.142.

¹⁴⁴ “Até os dias de hoje, as discussões teóricas sobre a moral são determinadas pelo confronto entre três posições: as argumentações transcorrem entre Aristóteles, Kant e o utilitarismo. Apenas as éticas da compaixão fazem valer um motivo diverso. Outras teorias, mesmo a hegeliana, podem ser entendidas como tentativas de síntese de iniciativas conhecidas. A ética do discurso (*Diskursethik*), que se põe como tarefa salientar o conteúdo normativo de um uso lingüístico orientado para a compreensão, não é a referida síntese. Ao tentar demonstrar, com os

A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente¹⁴⁵.

Depreende-se dos estudos do autor que no uso moral da razão prática não existe nenhum outro princípio que determina a vontade do agente a não ser a própria razão, que se apresenta, nesse caso, como o Princípio do Universal e do Necessário¹⁴⁶. Tal qual em Kant, na moral, vontade e razão coincidem e aquela pode então ser considerada livre¹⁴⁷, já que se guia apenas pela razão. Vale destacar, porém, que Habermas se distancia de Kant ao considerar a razão moral intersubjetivamente, ou seja, dependente de interação humana para o seu estabelecimento. Pode-se dizer, dessa forma, que a vontade não é, no uso moral, guiada pelo Princípio da Eficácia, nem pelo Princípio do Bem Viver.

Assim, é por estarem ligados à razão que os juízos morais são caracterizados por Habermas como cognitivistas: “Os juízos morais têm um conteúdo cognitivo; eles não se limitam a dar expressão às atitudes afetivas, preferenciais ou decisões contingentes de cada falante ou ator. A ética do Discurso refuta o cepticismo ético, explicando como os juízos morais podem ser fundamentados”¹⁴⁸.

meios da análise da linguagem, que o ponto de vista do julgamento imparcial de questões prático-morais — o ponto de vista moral — surge em geral dos pressupostos pragmáticos inevitáveis da argumentação, ela se filia à tradição fundada pela *Crítica da razão prática*”. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 4.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Obj. de citação p. 148.

¹⁴⁶ Habermas chama atenção, ainda, para o perigo de uma falsa universalização e aponta caminhos para sua obtenção. Nas suas próprias palavras: “Para quebrar as correntes de uma universalidade falsa, meramente presumida, de princípios universalistas criados seletivamente e aplicados de maneira sensível ao contexto (*kontextsensibel angewendet*), sempre se precisou, e se precisa até hoje, de movimentos sociais e de lutas políticas no sentido de aprender das experiências dolorosas e dos sofrimentos irreparáveis dos humilhados e ultrajados, dos feridos e dos mortos, que ninguém pode ser excluído em nome do universalismo moral — nem as classes subprivilegiadas, nem as nações exploradas, nem as mulheres tornadas domésticas (*die domestizierten Frauen*), nem as minorias marginalizadas. Quem exclui o outro, que lhe *permanece* um estranho, em nome do universalismo, trai sua própria idéia. O universalismo do respeito igual em relação a todos e da solidariedade com tudo o que tenha o semblante humano se comprova apenas na libertação radical de histórias individuais e de formas particulares de vida. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 17.

¹⁴⁷ Vontade livre aqui é entendida como vontade autônoma.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Obj. de citação p. 147.

Portanto, dependendo de como o problema se põe a questão “Que devo fazer?” ganha significado pragmático, ético ou moral. Cada uma dessas três posições fundamenta seu discurso de maneira diferente, a saber, no útil (técnica e estratégia), no bom (conselhos clínicos), no justo (juízos morais). Em síntese, “a razão prática volta-se para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo”¹⁴⁹.

4.2 A complexidade das normas do direito

Do mesmo modo que existe a necessidade de fundamentação das decisões que se toma, conforme já afirmado, normas ou decisões jurídicas tem de ser também fundamentadas. Vale dizer, também, que o agir humano é intimamente relacionado a motivos, ou seja, exige um móvel para ação e sendo o direito produto da cultura humana o mesmo não é diferente, daí a necessária fundamentação das decisões, que no âmbito da jurisdição brasileira vem consagrada na norma do inciso IX, do art. 93 da Constituição da República¹⁵⁰.

Pois bem, nos termos do exposto acima, cotidianamente o indivíduo se depara com problemas que afetam a ordem pragmática, a ordem ética e a ordem moral, de acordo com seus níveis de complexidade. Para solução de tais problemas a questão “Que devo fazer?” só pode ser satisfatoriamente respondida também quando se fundamenta a resposta. Ocorre que ante a existência de tais níveis esta fundamentação pode tomar enfoques diferentes sob uma ótica pragmática, ética ou moral. Nesses termos, o uso pragmático da razão prática refere-se a fins, encontra-se no nível dos interesses e relaciona-se a preferências fracas. A racionalidade de fins utilizada na fundamentação das decisões desta ordem não é capaz de servir de justificativa para as chamadas decisões fortes, que não se relacionam simplesmente ao empírico, mas ao que se é e ao que se gostaria de ser (ou a sociedade que se tem e se gostaria de ter). Neste último caso não se está no campo do pragmático, mas no campo ético. O uso

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 12.

¹⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

ético da razão prática refere-se a questões clínicas do bem viver, encontra-se no nível dos valores (tem a ver com a cultura, com a nação no interior da qual se vive) e relaciona-se a preferências fortes. No entanto, a ética não é forma de fundamentação absoluta da vontade, na medida em que esta se relaciona com os interesses do indivíduo, com a comunidade na qual ele se insere. Para se fundamentar a decisão de maneira imparcial e absoluta faz-se necessária a adoção de um ponto de vista moral. O uso moral da razão prática, por sua vez, refere-se ao justo, encontra-se no nível das normas (interesse de todos) e relaciona-se com a resolução imparcial de conflitos. Sob esta ótica, em um conflito entre ética e moral, deve prevalecer a moral¹⁵¹.

O direito, então, como mecanismo de normatização da sociedade, deve ser capaz de reger e adotar normas que regulamentem todos os âmbitos do agir. “Enquanto normas morais regulam as interações sociais em geral, de modo válido para todos os grupos sociais, regras jurídicas normatizam as relações de uma sociedade concreta, em determinadas condições históricas e, portanto, devem refletir conteúdos concretos e fins colocados pela sociedade, que definem uma auto-identidade seletiva – quer dizer, no Direito entram também pontos de vista teleológicos”¹⁵². Por outras palavras: “[...] além de razões morais, o Direito deve acolher razões ético-políticas que fundamentam decisões sobre o projeto de identidade da sociedade e razões pragmáticas que referem estratégica e tecnicamente a meios e fins”¹⁵³.

A título de ilustração mencione-se que regras de trânsito ou normas de fiscalização devem ser o mais eficazes possível, embora não possam ferir os âmbitos ético e moral. Normas sobre aborto, eutanásia, casamento homossexual, adultério, bigamia etc. possuem alta conotação ética, uma vez que intimamente relacionadas ao contexto cultural de uma determinada sociedade onde se estabelece um sistema jurídico. Por sua vez, questões referentes à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade e aos direitos fundamentais de um modo geral relacionam-se a um Princípio Universal da razão e tendem a ser unificadas em todos os ordenamentos jurídicos. Não é por acaso que existem Declarações Universais no que diz respeito aos direitos fundamentais. Advirta-se, contudo, que uma mesma norma pode tomar

¹⁵¹ O mesmo se diga em relação ao direito que não deve contrariar a moral. Nesse sentido: “Normas jurídicas têm validade limitada a uma coletividade determinada, mas não devem se chocar contra a Moral”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.143.

¹⁵² LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.141.

¹⁵³ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p. 141.

uma postura predominantemente pragmática em uma situação, ética ou até mesmo moral em outra.

Vê-se, portanto, que a complexidade das normas jurídicas encontra-se intimamente relacionada a diversidades de argumentos presentes no discurso jurídico, ponto em que se deve recordar, ainda, que o direito não é um mero saber cultural, mas também um sistema de ação. O direito não pode se escusar de sua função de regulação da sociedade, o que é comprovado, no ordenamento jurídico brasileiro, pela regra do art. 126 do Código de Processo Civil¹⁵⁴ que dispõe: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Texto confirmado em parte pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁵⁵ que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

É preciso se advertir, igualmente, que algumas normas, como as que instituem tributos, devem ser fundamentadas por um complexo de argumentos que envolvem os três âmbitos de validade do direito. Tributos devem ser pragmaticamente exeqüíveis e eficazes; eticamente aceitáveis; e moralmente igualitários e justos. Em sua dimensão pragmática o legislador deve se ater a argumentos que vão desde o aquecimento da economia, carga tributária, geração de empregos até o modo como será recolhido, fiscalizado etc. No âmbito ético deve se preocupar desde a coerência histórica de tributação de uma dada sociedade até o nível de reconhecimento social da necessidade do tributo. E no âmbito moral deve-se ater a igualdade tributária, a justiça social e a partilha de riquezas, de maneira que o tributo não torne os ricos mais ricos nem os pobres mais pobres, mas antes diminua tais diferenças, o que são preceitos universais. Outro exemplo são normas penais, que possuem aflorados os três âmbitos de validade. Note-se que ao mesmo tempo em que devem ser eficazes contra os crimes, tem de ser coerentes com o modo de vida de uma determinada sociedade e ainda conviverem com argumentos relacionados à liberdade, a vida, dignidade da pessoa humana etc. É bastante freqüente a penalização ou o agravamento de penas de algumas condutas e a despenalização de outras. Cite-se, a título de ilustração no Brasil, a descriminalização das práticas de sedução,

¹⁵⁴ Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁵⁵ Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

rapto e adultério, por meio da Lei nº. 11.106¹⁵⁶, de 28 de março de 2005, e a criação de diversos tipos penais e majoração de penas no trato contra substâncias entorpecentes, por meio da Lei nº. 11.343¹⁵⁷, de 23 de agosto de 2006.

Nota-se, pois, que o direito deve ser na sociedade a expressão coletiva da razão prática¹⁵⁸. Ou seja, por ser importante mecanismo de manutenção social¹⁵⁹, visto como verdadeiro cimento entre e mesmo no interior das diversas partes componentes da estrutura social, o direito deve aglutinar, por meio de um processo discursivo, todos os argumentos de fundamentação da ação, que se externam socialmente como argumentos de fundamentação das normas jurídicas. A mesma operação feita na mente do indivíduo buscando praticidade, coerência pessoal e justiça em seus atos, deve ser repetida em nível social por meio do discurso. Essa passagem do nível pessoal ao social é realçada por Habermas no seguinte trecho: “Com o problema da compreensão entre as partes cujas vontades e interesses se chocam, as operações da razão prática executadas *in mente* deslocam-se para o plano dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos dos discursos e discussões que são levados realmente a termo”¹⁶⁰.

Portanto, vê-se que a complexidade das normas jurídicas é decorrente precisamente da necessidade de diversidade de fundamentos para o discurso jurídico, a qual, por sua vez, é fruto da amplitude de atuação e regulamentação da sociedade exigida do sistema de direitos, que possui caráter complementar à moral¹⁶¹.

Dada a ampliação do Direito para além das questões morais, resulta também o alargamento do seu conteúdo a questões ético-políticas e pragmáticas, bem como o sentido mais complexo de contemplação simétrica de interesses no caso do Direito

¹⁵⁶ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁵⁸ José Pedro Luchi destaca que: “A razão prática, no quadro do Direito, é acionada não somente em chave moral, mas também em chave ético-política e pragmática”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.142.

¹⁵⁹ Nesse sentido José Pedro Luchi afirma: “Na modernidade, a autonomia política não tem outro Medium de efetivação a não ser o Código de Direitos, que não é mais facultativo”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.133.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Obj. de citação p. 19.

¹⁶¹ Tratando da função complementar entre direito e moral Pedro Luchi atesta: “Assim, através do Direito todos os âmbitos sociais, por ex., medicina, ecologia, podem ser disciplinados a partir da Moral. Âmbitos sociais tradicionais como Família e Escola são apenas pós-estruturados pelo Direito, quer dizer, só se apela ao direito em casos de conflito. No quadro de nossa sociedade complexa, âmbitos como Economia e Administração, empresas por exemplo, são já desde o início criadas a partir do Sistema de Direitos”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.129.

em relação à Moral e, portanto, resulta a maior complexidade dos critérios de validade do Direito¹⁶².

A denunciada explosão legiferante, de outro lado, nada mais é do que reflexo da hiper-complexidade social unida à fluidificação das estruturas sócio-integrativas. A diversificação das interações pessoais, as pressões dos sistemas econômico e administrativo, as lutas sociais, a própria globalização e a intensificação das relações internacionais, cada vez mais levam a complexidade do direito que tenta equacionar eficácia (âmbito pragmático), ética (âmbito político-social) e discurso (âmbito moral) a fim de apontar soluções aos múltiplos conflitos instalados cotidianamente, tentando cumprir na sociedade o que já foi função da escola, da família, das tradições e da religião.

Com isso espera-se ter ficado claro que:

Razões morais cognitivas não são suficientes para selecionar opções jurídicas que se estendem a outros âmbitos. A validade de leis jurídicas é julgada também: 1) por razões ético-políticas, isto é, se as leis correspondem à auto-compreensão da coletividade, às suas valorações fortes e aos meios para realizá-las; 2) por razões pragmáticas, conforme sejam adequadas as estratégias às metas empíricas, e conforme expressem compromissos leais entre diversos interesses¹⁶³.

Pode-se concluir, dessa forma, que a complexidade do discurso jurídico ocorre hodiernamente em duas vertentes: de um lado pela variedade de critérios de validade do direito, decorrente dos três âmbitos em que atua; de outro pela crescente amplitude do sistema jurídico, proveniente de uma explosão legiferante.

4.3 As conseqüências da complexidade para o processo

Pois bem, no campo processual, a complexidade das normas jurídicas se diversifica, uma vez que também o discurso apresenta-se sob um novo enfoque, ou seja, passa-se de um discurso de fundamentação das normas para um discurso de aplicação. E “em discursos de aplicação,

¹⁶² LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.143.

¹⁶³ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.144.

não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à situação”¹⁶⁴. No processo busca-se responder se uma norma válida *prima facie* é adequada ao caso concreto posto em litígio. Nessa esfera é possível, inclusive, a colisão de normas sem que nenhuma seja excluída do sistema. Como adverte Habermas:

Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação ¹⁶⁵.

Nesse quadro, o Princípio da Adequação, regente do discurso de aplicação do direito desenvolvido por meio do processo, lida com uma variedade de normas jurídicas que devem ser adaptadas segundo a situação do caso concreto. Contudo, para realização de tal intento, faz-se necessária a adoção de fundamentos que novamente devem ser buscados nos âmbitos moral, ético e pragmático, enfocando-se cada norma sob esta perspectiva. É o nível de complexidade de uma demanda judicial e os seus múltiplos nuances que determinam, assim como ocorre na fundamentação de uma ação individual ou no estabelecimento de uma norma, qual argumento deve prevalecer.

Evidentemente que a complexidade de tal discurso é ainda maior do que os anteriores (fundamentação da ação pessoal ou de uma norma) isto porque já existe, além dos atuais argumentos, referenciais mais ou menos estáticos, ou seja, as normas positivadas e o sistema de direitos. Por outras palavras, na aplicação do direito, o julgador deve também levar em conta todo um sistema jurídico posto. Vale dizer que “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”¹⁶⁶.

Mesmo regras¹⁶⁷, que possuem alto nível de concreção, determinando especificamente a base fática para sua subsunção, podem ter a aplicação afastada de um caso concreto por meio de uma consistente fundamentação¹⁶⁸.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 270.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 271.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 289.

¹⁶⁷ Para um estudo sobre as diferenças entre regras e princípios consultar: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução: Manuel Atienza e I. Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1ª. reimpressão, 1989. Para os referidos autores existe uma

Isto é, sob outro aspecto, uma visão do direito como um sistema aberto¹⁶⁹. Habermas assevera que:

Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo¹⁷⁰.

Vê-se, desse modo, que para se manter legítimo e eficaz, o direito tem de estar sempre aberto a argumentos variados e também o processo necessita de uma procedimentalização discursiva, a fim de manter a imparcialidade e se obter a correção das decisões judiciais. Esta visão do direito como um sistema aberto de regras, princípios e valores, notadamente no trato dos denominados casos difíceis (*hard cases*), revela-se dimensão inafastável a fim de se extirpar o subjetivismo nas decisões judiciais. Em franca crítica ao positivismo Habermas afirma que o mesmo desemboca em uma falsa tese de autonomia, advertindo ainda que “[...] a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram um indeterminação da situação

diferença lógica entre regras e princípios que se refletem basicamente nas seguintes distinções: os princípios contêm um dever *prima facie*, as regras um dever definitivo; ao se aplicar uma regra válida sempre se imputa uma consequência jurídica; a forma de aplicação dos princípios é a ponderação, enquanto para as regras é a subsunção; os conflitos entre os princípios ocorrem em uma dimensão de peso; os conflitos entre as regras em uma dimensão de validade; regras não possuem dimensão de peso, que é própria dos princípios; regras são determinações fáticas e juridicamente possíveis, os princípios são mandados de otimização (Alexy), que podem ser realizados gradativamente, com base nas determinações dos campos fático e jurídico. Habermas, diferentemente, afirma que: “Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas –, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica”. Ou seja, para Habermas não há ponderação, no sentido da norma ser gradualmente aplicável, o raciocínio é a adequação pela qual a norma é ou não é adequada, o que não quer dizer, contudo, que normas inadequadas sejam inválidas ou tenham de ser excluídas do sistema. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 258.

¹⁶⁸ “Enfim, no caso da aplicação de regras o aplicador também pode considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para o cumprimento da regra”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 3ª ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. Obj. de citação p. 41.

¹⁶⁹ Conforme afirma Habermas: “O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal”. [...] “Como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 287.

jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente”¹⁷¹. Ainda segundo o autor, reconhecendo a existência de princípios¹⁷², desaparecem os problemas de fechamento do sistema de regras bem como o de conflitos entre regras.

Porém, toda essa abrangência regulamentar do direito e a amplitude de fundamentação de seu discurso (sistema aberto) além de gerar um alto índice de complexidade tanto para os discursos de fundamentação (processo legislativo) quanto para os discursos de aplicação (processo judicial) acarretam graves problemas para os quais se tem buscado constantemente soluções.

Nesse quadro de complexidade a tensão existente entre discursividade e eficácia apresenta-se sob um novo enfoque. Note-se que a diversidade de argumentos enseja, num primeiro momento, múltiplas oportunidades de debates, perguntas e respostas, dúvidas e esclarecimentos, réplicas e tréplicas. Acentua, ademais, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que devem empreender uma carga de argumentação capaz de superar o concretismo das regras ou determinar cabalmente a adequabilidade de um princípio. Em um segundo momento fica evidente um significativo gasto de tempo na solução das demandas e, portanto, perda de eficácia¹⁷³.

Assim, a multiplicação quantitativa e qualitativa das demandas judiciais¹⁷⁴, unidas ao acentuado nível de complexidade dos argumentos presentes nos discursos jurídicos tendem a inchar o procedimento, complicar o processo e dificultar a prolação de decisões consistentes. Atualmente são bastante comuns decisões judiciais que não se pronunciam sobre muitos dos fundamentos levantados pelos envolvidos no processo. Tal constatação é sobremaneira evidente analisando o enunciado da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal que possui a

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 259.

¹⁷² Reconhecer a existência dos princípios como normas participantes do sistema e passíveis de aplicação imediata e solidária. Não se trata aqui de uma visão dos princípios como meio de preenchimento de lacunas do sistema, ou como princípios gerais do direito, ou fonte subsidiária, mas antes de uma visão deontológica primária.

¹⁷³ Giovanni Verde demonstra a relação existente entre o aumento do número de processos, proveniente da maior complexidade do mundo moderno, e o aumento dos problemas presentes no processo, notadamente no que se refere ao tempo, o que acaba comprometendo o ideal de se ter um *giusto proceso*. VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, abril-junho de 2000, pp. 306-308 e 312-313.

¹⁷⁴ “Facilitou-se o ingresso, e, em conseqüência, o número de processos aumentou de forma espantosa. Não foram adotadas, todavia, medidas visando a adequar o Poder Judiciário e a técnica processual a essa nova realidade”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 21.

seguinte redação: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento”¹⁷⁵.

Percebe-se que tais omissões ensejam uma banalização dos chamados Embargos de Declaração, recurso ou remédio processual que visa, originariamente, afastar obscuridade, omissão ou contradição das decisões judiciais, nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, mas que se tornou requisito essencial para admissão dos recursos em sede extraordinária, dado ao seu caráter pré-questionador. Nesse sentido o enunciado da súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não têm caráter protelatório”¹⁷⁶.

E mais, as omissões nas decisões geradas pelo excesso de processo e pela complexidade das demandas em muitos casos não conseguem ser superadas nem pelo mencionado recurso. Veja o enunciado da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”¹⁷⁷.

Tentativa de combate a denunciada complexidade também são as chamadas súmulas vinculantes¹⁷⁸, que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº. 45¹⁷⁹, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao texto constitucional o art. 103-A, as quais tendem a cristalizar o entendimento do Poder Judiciário sobre demandas aparentemente iguais.

Quanto as mesmas é bom que se esclareça que possuem assentamento na doutrina norteamericana do *stare decisis*, “fundamentando-se nos princípios da isonomia, respeito à coisa julgada, economicidade e previsibilidade das decisões judiciais”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁷⁶ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁷⁸ Humberto Dalla Bernardina de Pinho ensina que: “A palavra súmula, criada no direito brasileiro no ano de 1963, pelo então Ministro Victor Nunes Leal, passa a ganhar agora um duplo sentido. Podemos falar em súmula persuasiva, ou seja, aquela que tem por objetivo influenciar outras decisões, e em súmula vinculante, entendida como aquela dotada de força obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 229.

¹⁷⁹ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 229.

Ademais, conforme ocorre naquele ordenamento, deve-se preocupar mais em se regular sua utilização do que em se estabelecer o precedente. Para tanto a doutrina norte-americana apresenta três importantes figuras:

[...] a primeira é chamada de *distinguishing*, que é a atividade de diferenciar o caso concreto que está sob julgamento do precedente que se pretende invocar. A segunda figura é denominada *overruling* e ocorre na hipótese em que o precedente existe e seu fundamento é, em tese, aplicável ao caso concreto, mas o juiz o rejeita por ser obsoleto, absolutamente injusto, ou ainda inexecutível do ponto de vista prático. A terceira figura é o *overstatement*, segundo a qual o precedente é aplicado, porém numa nova perspectiva, com o objetivo de se tornar mais efetivo¹⁸¹.

Não obstante isso, de uma forma ou de outra, tem-se questionado se o estabelecimento de tais súmulas não seria um excesso de poder normativo nas mãos do Judiciário?¹⁸²

No mesmo sentido que as súmulas vinculantes, existe, igualmente, a súmula impeditiva de recurso, inserida no ordenamento brasileiro por meio da Lei nº. 11.276¹⁸³, de 07 de fevereiro de 2006, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 518 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz de piso rejeitar o recurso de apelação, estando a sentença em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Para Marcelo Abelha Rodrigues, Flávio Cheim Jorge e Fredie Didier Júnior tal inovação é flagrantemente inconstitucional por afrontar os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa previstos no inciso LV, do art. 5º da Constituição da República¹⁸⁴.

Por fim, ainda como consequência da complexidade, em especial como reação às dificuldades apontadas, é importante ilustrar outras diversas modificações, flagrantemente de cunho instrumental, empreendidas no Código de Processo Civil desde o início dos anos noventa.

Assim, as reformas se iniciaram com uma flexibilização no modo de se efetivar as citações e intimações, o que ocorreu por meio da Lei nº. 8.710¹⁸⁵, de 24 de setembro de 1993, que tornou regra a citação pelo correio, contendo também as exceções à regra, tudo no art. 222, do

¹⁸¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 230.

¹⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 231.

¹⁸³ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁸⁴ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Obj. de ref. p. 214.

¹⁸⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

Código de Processo Civil e permitiu, nos termos do art. 238, que também as intimações pudessem ser feitas pelo correio. Cabe ressaltar que, antes da alteração, a citação pelo correio só era admitida para comerciantes e industriais domiciliados no país e as intimações eram pessoais ou diretamente aos advogados, via Oficial de Justiça. A mencionada Lei estabeleceu, igualmente, a regra das Comarcas contíguas em regiões metropolitanas, podendo o Oficial de Justiça de uma dessas Comarcas citar e intimar em qualquer delas (art. 230).

Já em relação ao processo de execução, segundo as lições de Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁶, as reformas empreendidas nos anos de 1994 e 1995, tiveram como alterações mais relevantes a disciplina dos efeitos da desistência da execução sobre os embargos já opostos; instituição da suspensão parcial da execução; cominação de multa por atentado à dignidade da justiça (suprimida a inconstitucional proibição de falar nos autos); instituição do ônus de levar ao registro a penhora incidente sobre imóvel; definição do termo inicial para fluência do prazo de oposição dos embargos.

Quanto a tais alterações pode-se afirmar que dizem mais respeito ao término de conflitos exegéticos com a clara delimitação das normas aplicáveis a cada situação do que realmente trazem mudanças substanciais ao ponto de serem consideradas como importantes mecanismos de combate à complexidade do processo.

Relevante, contudo, foram muitas das alterações trazidas pela Lei nº. 8.950¹⁸⁷, de 13 de dezembro de 1994, que simplificou os atos de tramitação do recurso de apelação perante o juízo recorrido (art. 518, do Código de Processo Civil) e deu nova sistematicidade aos embargos de declaração (art. 535).

Outra importante mudança foi a abertura à conciliação, que passa a poder ser tentada a qualquer tempo pelo juiz, nos termos do art. 125, inciso IV, com redação dada pela Lei nº. 8.952¹⁸⁸, de 13 de dezembro de 1994 e, ainda, um momento próprio de tentativa na audiência preliminar do rito ordinário, conforme art. 331, a qual, numa tendência à adoção dos Princípios da Oralidade e Concentração dos Atos Processuais, também é o momento de saneamento do processo, uma vez que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação,

¹⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A execução na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 85, p.11-18, jan./mar. 1997.

¹⁸⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. Ateste-se que transformação da antiga audiência de conciliação na referida audiência preliminar é alteração que muito pode contribuir (e sem prejuízos aos princípios constitucionais) para uma boa tramitação dos processos, embora muitos juízes ainda insistam em designá-la apenas com objetivos conciliatórios.

Contudo, nesse período, não há dúvidas que a maior inovação foi a introdução da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pela Lei nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o que, na prática, permitiu ao credor de pecúnia a antecipação de atos de execução (desde que reversíveis) com a efetivação da decisão antecipatória sob o regime da execução provisória (conforme determina o art. 273, § 3.º do CPC).

A concessão da tutela antecipada, ao contrário de determinadas medidas cautelares (art. 797 do CPC) não pode ser *ex officio*, dependendo, necessariamente, de pedido da parte (autor ou réu)¹⁸⁹, bem assim da observância dos requisitos previsto no *caput* do art. 273: prova inequívoca e verossimilhança, conjugado com uma das duas hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo artigo (dano irreparável ou de difícil reparação; ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu).

Para fins de antecipação de tutela entende-se como prova inequívoca nada mais do que uma prova pré-constituída, fundada num certo grau de probabilidade (quando o fato depende de prova) o que não impede o deferimento da tutela por simples alegação quando se tratar, é claro, de matéria exclusivamente de direito. Já a verossimilhança traduz o juízo de probabilidade, credibilidade ou veracidade que beneficia as alegações de uma das partes contra a outra, sendo, portanto, mais que um mero juízo de possibilidade. Probabilidade é o que acontecerá salvo se sobrevier algum motivo divergente; possibilidade é o que não acontecerá salvo se sobrevier algum motivo convergente.

¹⁸⁹ Ambas as partes podem pedir a tutela antecipada, embora o mais comum seja a pedida pelo autor. O réu, nas hipóteses em que, além de se defender, contra-ataca (reconvenção, ação declaratória incidental, pedido contraposto), dispõe de legitimidade para postular a antecipação da tutela; o que pode é não ter interesse nela, no caso concreto, o que é diferente. Na hipótese prevista no art. 899, § 1º, do Código de Processo Civil, tem-se um caso de tutela antecipada em favor do réu. (“Art. 899. [...] § 1º Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.”).

Tais requisitos, no entanto, não bastam para justificar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, faz-se necessário preencher alternadamente os requisitos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação bem como a demonstração de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, caso em que, o ônus da espera pela sentença passa a pesar nos ombros deste. Quanto a este último requisito, vale ressaltar que, embora não seja comum sua configuração, podem ser tantas as demandas repetidas sobre determinada matéria, que o juiz já sabe de antemão quando o réu irá oferecer resistência infundada para evitar o julgamento antecipado da lide. Um bom exemplo poderiam ser demandas ajuizadas contra a cobrança de tributo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, nas quais a Fazenda Pública insista na tese já rejeitada, hipótese em que nada obsta a aplicação do dispositivo em questão.

Cabe discorrer, também, sobre o conteúdo do § 2º do citado artigo, no qual figura-se o último dos requisitos a ser observado na concessão da medida antecipatória, qual seja, o da irreversibilidade.

Aqui vale mencionar que a irreversibilidade não é do provimento que antecipa a tutela, porquanto, proferida uma decisão num sentido, pode ser, a qualquer tempo, revertida em sentido contrário. A irreversibilidade é, na verdade, das conseqüências fáticas que resultam da decisão, pois é o risco da não reposição dessa situação fática no *statu quo ante* que desaconselha a concessão da tutela provisória. É claro que tal requisito também não pode ser elevado à categoria de dogma, pois tornariam vazias inúmeras pretensões em que não houvesse tempo para se esperar por uma sentença de mérito, como, por exemplo, uma internação em uma Unidade de Terapia Intensiva – UTI, uma transfusão de sangue etc.¹⁹⁰.

Outra importante alteração trazida pela Lei nº. 8.952, foi aquela promovida no art. 461 do Código de Processo Civil que tornou executivas *lato sensu* as obrigações de fazer e não fazer, instituindo inclusive, a possibilidade de concessão liminar da tutela nos moldes de seu § 3º, que exige requisitos semelhantes àqueles exigidos no art. 273.

¹⁹⁰ A Comissão de Reforma havia sugerido uma redação para esse dispositivo, tornando expresso que, em tais casos deveria ser observado o princípio da proporcionalidade, dispondo que: “§ 2º a antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, *exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício ao réu*”. Embora a sugestão não tenha sido acolhida pelo legislador, continua se servindo para tirar o juiz do impasse, quando se veja na contingência de optar entre duas soluções antagônicas, e cuja concessão ou denegação da tutela possa beneficiar ou prejudicar uma ou outra das partes.

Nesse ponto, destaque-se, já no *caput* do artigo 461, a determinação de obtenção da “tutela específica da obrigação” ou do “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Tais medidas deixam a transformação da obrigação em perdas e danos apenas para aquelas hipóteses em que a própria parte assim o requer ou caso seja impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, nos termos do § 1º do artigo em comento.

Ainda o § 4º do citado artigo possibilita ao juiz, na concessão da medida liminar ou na sentença, fixar, *ex officio*, multa diária para o caso de descumprimento do preceito cominado, desde que tal imposição seja suficiente e compatível com a determinação que deve ter, também, sua realização fixada em prazo razoável para possibilitar o seu cumprimento. Tal medida, assim como aquelas do § 5º deste artigo, são mecanismos indiretos de execução e, enquanto tais, alinham-se à espécie mandamental de ação/sentença que trabalha em prol de uma executividade *lato sensu* instituída para as referidas espécies de execução.

Trata-se de verdadeiro “meio de coação”, que aliado às demais medidas previstas no § 5º (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva) busca influir na vontade do devedor a fim de obter o cumprimento específico da obrigação, uma vez que a satisfação da obrigação depende, *a priori*, da vontade do obrigado. É verdadeira coação moral (psicológica), de maneira que se demonstra ser mais vantajoso para o devedor cumprir a decisão do que amargar o prejuízo pelo pagamento da penalidade e, desse modo, cuida-se de mecanismo rápido e eficaz para o cumprimento das obrigações. Vale lembrar que o pagamento da multa se dá independentemente da reparação de perdas e danos, nos termos do § 2º do artigo em discussão. A Lei nº. 8.952 trouxe outras diversas modificações de menor monta, como foi, por exemplo, a alteração do procedimento do recurso de apelação nos casos de indeferimento da petição inicial (art. 296), que determinava, originalmente, a citação do réu para acompanhar o possível recurso. Com a referida alteração, que estabeleceu a possibilidade de retratação por parte do juiz, uma vez interposta a apelação, não reformando sua decisão, o juiz remeterá os autos imediatamente ao tribunal competente.

Ainda em 1995, com a edição da Lei nº. 9.139¹⁹¹, de 30 de novembro, o legislador promoveu, também, alterações no recurso de agravo, embora já superadas por mudanças posteriores, e tratou, inclusive, da possibilidade da denominada antecipação da tutela recursal, permitindo

¹⁹¹ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

em casos “de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação” a suspensão do cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, conforme redação dada ao art. 558, do Código de Processo Civil.

Relevante alteração, igualmente, foi a modificação e aperfeiçoamento do rito sumário pela Lei nº. 9.245¹⁹², de 26 de dezembro de 1995, ampliando o rol de demandas abrangidas pelo referido procedimento (de causas até 20 salários mínimos para causas de até 60 salários) e, ainda, instituindo importantes alterações com base no Princípio da Concentração dos Atos Processuais, tudo tendente a simplificação e celeridade do procedimento, como é a apresentação do rol de testemunhas logo na petição inicial pelo autor e durante a audiência de conciliação pelo réu.

Já em 1998, com a Lei nº. 9.668¹⁹³, de 23 de junho, na tentativa de coibir a má-fé e buscando aperfeiçoar o que já havia se iniciado em 1994 por meio da Lei nº. 8.952, o legislador estabeleceu a possibilidade de imposição de multa de até um por cento do valor da causa ao litigante de má-fé, objetivando dar aplicabilidade ao pouco utilizado art. 18 do Código de Processo Civil, que só mencionava a indenização pelos prejuízos sofridos pela parte, os quais, por óbvio, dependiam de serem comprovados e liquidados, dificultando demasiadamente a punição da má-fé, notadamente daquela cometida em menor escala. Pensa-se, porém, que o valor da multa foi muito modesto, o teto poderia ter um percentual mais alto. Outra interessante modificação trazida pela referida Lei foi a inclusão no rol dos atos de má-fé da interposição de recurso manifestamente protelatório, conforme o inciso VII, do art. 17 do Código de Processo Civil, conduta que já há muito deveria ser veementemente rechaçada.

Nessa esteira, considerando a vasta e complexa sistematicidade recursal do processo civil brasileiro, por meio da Lei nº. 9.756¹⁹⁴, de 17 de dezembro de 1998, ampliaram-se os poderes monocráticos do relator, tanto para negar seguimento, quanto para dar provimento ao recurso interposto, nos casos em que estiver, respectivamente, em confronto ou amparado por súmula ou por jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, do Código de Processo Civil), trazendo para o Código de Processo, ainda, o chamado agravo regimental (que só era previsto nos regimentos dos

¹⁹² Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁹³ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁹⁴ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

tribunais), exatamente para atacar a decisão monocrática do relator nos referidos casos, conforme § 1º, do mesmo dispositivo legal. Para inibir a utilização do referido agravo, porém, entendendo o tribunal que o mesmo é manifestamente inadmissível ou infundado, poderá impor multa entre um e dez por cento do valor da causa, nos termos do § 2º, do artigo em comento, tudo visando simplificar e dar celeridade aos provimentos. Pela mesma Lei, com a inclusão do parágrafo único ao art. 120 do Código, o relator, nos casos de conflito de competência, também passou a poder decidir monocraticamente, desde que haja jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão, sendo que tal decisão poderá ser igualmente atacada por agravo regimental.

Em um segundo momento de reformas, as alterações mais significativas foram realizadas por meio das Leis nº. 10.352¹⁹⁵ e 10.358, de dezembro de 2001, e 10.444, de maio de 2002.

A primeira das citadas Leis modificou a sistemática de diversos recursos, dentre eles promoveu uma profunda mudança no recurso de agravo, alterações que, entretanto, já foram superadas com a publicação da Lei nº. 11.187, de 19 de outubro de 2005. Permanecem em vigor, ainda, a inclusão do § 3º, ao art. 515, do Código de Processo Civil, que passou a permitir, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), que o tribunal julgue desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento; o § 1º, do art. 555, instituto que visa uniformizar a jurisprudência nos tribunais¹⁹⁶; as modificações realizadas nas hipóteses e no processamento da remessa necessária, nos termos da nova redação atribuída ao art. 475 do Código de Processo Civil, mudanças que visaram restringir a incidência desse instituto, que, aliás, é bastante arcaico e sem sentido, remontando a uma época em que os juízes de piso eram leigos; e a possibilitada do próprio advogado declarar autênticas peças processuais para fins de interposição de recursos e outras medidas, nos termos do § 1º, do art. 544, do Código de Processo Civil, modificação que foi reforçada em 2006, com a inclusão do inciso IV, ao art. 365 do Código, pela Lei nº. 11.382.

No que diz respeito à Lei nº. 10.358 as principais modificações foram a respeito dos deveres das partes (art. 14), da distribuição por dependência das causas (art. 253), do rol de

¹⁹⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁹⁶ Art. 555. [...] § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

testemunhas (art. 407), prova pericial (arts. 431-A, 431-B e 433), revogação do inciso III do art. 575 do Código de Processo Civil e nova redação ao seu inciso IV e aos incisos III e VI do art. 584 do mesmo diploma legal. Os últimos dispositivos mencionados tratam da competência do juízo de execução e do rol de títulos executivos judiciais, respectivamente, porém o art. 584 foi revogado com a edição da Lei nº. 11.232, de 2005.

Dessa sistemática, vale comentar a alteração do art. 14, estendendo o rol de deveres para todos aqueles que participam do processo (e não somente para as partes e seus procuradores) e, ainda, a inclusão do inciso V ao mesmo artigo, instituindo como dever da parte “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

Entretanto, as alterações mais importantes desse período foram aquelas trazidas pela Lei nº. 10.444, de maio de 2002. Esta última, além de alterar o § 3º e acrescentar os §§ 6º e 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, modificou o § 5º e acrescentou o § 6º ao art. 461, atribuindo, ainda, nova redação aos arts. 287 e 331 (audiência preliminar), além de acrescentar ao Código o art. 461-A, disciplinando a executividade *lato sensu* da sentença condenatória de entrega de coisa, em padrões semelhantes ao comentado art. 461.

Dentro deste contexto, as alterações mais significativas foram aquelas relativas à fungibilidade entre as tutelas antecipatórias e cautelares, com a introdução do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil; o aperfeiçoamento no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (§§ 5º e 6º do art. 461); assim como a supressão do processo de execução autônomo das obrigações de dar (art. 461-A).

Começando pelo art. 273, do Código de Processo, tem-se que com a modificação de seu § 3º o juiz poderá observar na antecipação de tutela, no que couber e de acordo com a natureza da medida, o que dispõem os arts. 461, §§ 4º e 5º, 461-A e 588 do Código de Processo Civil.

Ainda em relação às modificações implementadas no art. 273, do Código de Processo Civil, cabe tecer considerações a cerca da inclusão de seu § 6º, que permite ao juiz, nos casos de pedidos cumulados, ou mesmo no caso de somente parte do pedido tornar-se incontroverso, antecipar a tutela.

A hipótese em questão mostra-se diferente daquela já existente na medida em que a tutela antecipada até então concebida tratava-se de provimento provisório, com base em uma cognição sumária, realizando o julgador um juízo de probabilidade em relação ao direito alegado pela parte e o deferimento da medida neste caso importa em cognição exauriente, vez que fundada na incontrovérsia do pedido.

Cabe dizer, ainda, que o § 6º faz menção a “parte” incontroversa já que se o pedido for inteiramente incontroverso, trata-se de possibilidade de julgamento antecipado do processo nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil. Assim, também cabe ao julgador analisar a relação de dependência para concessão da tutela em casos de pedidos cumulados. Na hipótese de o autor formular, por exemplo, pedido de rescisão contratual cumulado com reintegração de posse e o réu, em contestação, limitar-se a rebater o primeiro deles, não há como se antecipar o outro com base na citada regra, já que da contestação do pedido principal decorre, logicamente, a do pedido sucessivo ou dependente.

Quanto à antecipação do pedido incontroverso, outro ponto que merece ser tratado é em relação a sua modificação ou revogação. Sobre tal ponto, na mesma linha traçada acima, incumbe dizer que como a decisão antecipatória neste caso é com base em uma cognição exauriente, ou seja, baseada num “juízo de certeza” e não de cognição sumária, como as demais, não parece ser possível uma nova análise da decisão *a posteriori*.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que “a tutela antecipada, neste caso, estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente, produzindo coisa julgada material”¹⁹⁷.

Não obstante as considerações tecidas acima em relação aos aperfeiçoamentos introduzidos na sistemática do instituto de antecipação dos efeitos da tutela pela Lei nº. 10.444, de maio de 2002, sem qualquer sombra de dúvida, a principal foi a inclusão do § 7º a tal artigo, que trouxe a fungibilidade das tutelas de urgência ao direito pátrio¹⁹⁸.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁹⁸ Araken de Assis afirma que: “Costuma-se dizer que não é possível a cumulação de pedidos relacionados a processos diferentes (cumular pedido cautelar com pedido de certificação, p. ex.) A regra do art. 273, § 7º, CPC, consagrou inequivocamente a possibilidade de cumulação de pedido de conhecimento e pedido cautelar, conforme será demonstrado nas anotações sobre a antecipação da tutela”. ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Obj. de citação item 263.

O referido parágrafo preceitua que se o autor requerer, a título de tutela antecipada, providência de natureza cautelar, poderá o juiz, desde que presentes os requisitos desta, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Esta alteração gerou a desnecessidade de instauração de um processo cautelar autônomo em muitos casos, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional e facilitando o acesso das partes a medidas eminentemente assecuratórias, muito contribuindo para diminuição da complexidade jurisdicional.

Quanto ao ponto, vale lembrar que as medidas cautelares, enquanto instrumentos do instrumento¹⁹⁹, visam resguardar o provimento final da ação principal. Só existe razão para sua existência quando o direito objeto de discussão encontra-se ameaçado, necessitando ser acautelado, assegurado. Ocorre que, anteriormente a instituição da tutela antecipada, criada somente em 1994, conforme já referido, não existia mecanismo para qualquer efetivação do direito *subjudice* antes do provimento final pela sentença judicial. Desse modo aqueles que necessitavam de medidas satisfativas acabavam valendo-se do poder geral de cautela, previsto no art. 798, do Código de Processo Civil, para ingressarem em juízo pedindo os mais diversos provimentos como medidas cautelares inominadas. Nestes casos, quase sempre a dilação probatória confundia-se com aquela produzida na ação principal, criando-se verdadeiras excrescências jurídicas: cautelares intermináveis, que acabavam sendo julgadas sem mérito, por perda do objeto, já que a solução da ação principal era mais rápida e precedia o fim da medida.

Nesse sentido Moacyr Amaral Santos ensina: “Introduzida pela Lei nº. 8.952, de 13 dezembro de 1994, a tutela antecipada surge como uma resposta do legislador à necessidade de dar celeridade ao processo, cumprindo com seu ideal de efetividade, além de normatizar as antecipações dos efeitos das tutelas conferidas, até então, por meio de ações cautelares inominadas”²⁰⁰.

¹⁹⁹ As medidas cautelares são consideradas “instrumentos do instrumento” porque visam resguardar o processo, o qual já é visto como um instrumento a serviço da tutela jurisdicional. Nesse sentido Elpídio Donizetti afirma que a instrumentalidade das cautelares é “elevada ao quadrado”. Cf. DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 8ª ed. ampl. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 769.

²⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2. 24ª ed. rev. e atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008. Obj. de citação p 135.

Após tais profundas alterações, a onda reformista voltou a tomar força somente em 2005, inicialmente com a Lei nº. 11.187²⁰¹, que, visando reduzir complexidade, dar celeridade e diminuir os percalços das demandas, modificou por completo a sistemática do recurso de agravo, que passou a ser, em regra, sob a modalidade retida e não mais por instrumento ou retida conforme a opção do recorrente, nos termos da nova redação do art. 522, do Código de Processo Civil. Ateste-se, porém, que um dos motivos que levou a instituição do agravo por instrumento foi exatamente os diversos problemas advindos da modalidade retida, em especial a constante interposição de mandado de segurança e correição parcial, conforme afirmou Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil em 1973. Vejam suas palavras: “Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provocou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança”²⁰².

Em outro grande passo, voltando-se para a execução e visando francamente conceder efetividade aos provimentos jurisdicionais, o legislador reformulou totalmente o sistema executivo brasileiro no final dos anos de 2005 e 2006. As principais mudanças ficaram a cargo das Leis nº. 11.232²⁰³, de 22 de dezembro de 2005 e 11.382²⁰⁴, de 6 de dezembro de 2006, que trouxeram diversos institutos visando um aprimoramento do processo de expropriação. Mencione-se a título de ilustração a imposição de multa de pleno direito após quinze dias de inadimplemento em face de condenação de pagar quantia, nos termos do art.

²⁰¹ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Quanto ao tema conferir: MAZZEI, Rodrigo; *et all. Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Ver, também, excelente quadro esquemático das alterações do Código de Processo Civil promovidas por esta última etapa de reforma: DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 8ª ed. ampl. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Obj. de ref. pp. 943-989.

²⁰² BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. In: *Vade Mecum RT*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, item 15.

²⁰³ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Quanto às reformas conferir: JORGE, Flavio Cheim; *et all. A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. MAZZEI, Rodrigo; *et all. Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Execução Civil*. 2ª ed. rev. atu. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed. rev. ampl. atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ALVIM, J. E. Carreira. Cumprimento da Sentença e Fundamentos da Impugnação. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 351-357.

²⁰⁴ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Especificamente sobre a reforma da execução com base em título extrajudicial conferir: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro Forense, 2007.

475-J, do Código de Processo Civil; a possibilidade de imediata indicação de bens pelo exequente (§ 3º, do art. 475-J); a regra da continuidade da execução mesmo ante ao oferecimento de impugnação ou embargos (arts. 475-M e 739-A); a possibilidade de rejeição liminar dos embargos quando manifestamente protelatórios (inciso III, do art. 739); as novas regras de execução provisória que permitem, nas hipóteses do § 2º do art. 475-O, a total satisfação do exequente sem a necessidade da prestação de qualquer garantia; a possibilidade de obtenção de certidão da execução para fins de averbação, conforme art. 615-A; o aprimoramento da regra de cumprimento da obrigação por terceiro, nos termos do art. 634; alteração na ordem de expropriação, consoante a nova redação do art. 647, admitindo-se, ainda, a alienação por iniciativa particular; a inclusão no rol de atos atentatórios à dignidade da justiça a não indicação de bens existentes e desembaraçados pelo executado (inciso IV, do art. 600) e, ainda, a possibilidade de intimá-lo, até mesmo *ex officio*, para tanto (§ 3º do art. 652); o instituto da penhora *on line*, conforme art. 655-A e § 6º do art. 659; a mudança das regras sobre depósito dos bens penhorados (art. 666); e a multa por embargos protelatórios (parágrafo único, do art. 740 e § 3º do, art. 746).

Nessa retomada da onda reformista iniciada em 2005, promoveram-se outras dezenas de mudanças, dentre elas cabem destacar mais algumas além das já referidas.

Tem-se, assim, o instituto de extinção sumária do processo, nos termos do art. 285-A, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº. 11.277²⁰⁵, de 07 de fevereiro de 2006, o qual vem despertando muita polêmica entre os doutrinados, desde opiniões de apoio até as mais severas críticas, inclusive apontando sua inconstitucionalidade²⁰⁶.

Elpídio Donizetti, aproveitando ensejo para criticar também a alteração que permitiu a declaração *ex officio* da prescrição assevera: “Tal como ocorre com a declaração liminar da prescrição e decadência (art. 295, IV), a norma do art. 285-A viola princípios basilares do processo, entre eles o do dispositivo e o da amplitude do direito de ação”. E, mais a frente, completa: “A toda evidência, a celeridade não pode aniquilar outras garantias das partes, sob

²⁰⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²⁰⁶ Para Alexandre Freitas Câmara é hipótese flagrantemente inconstitucional, por violar o Princípio da Isonomia. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16ª ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Obj. de ref. p. 307, 341-343.

pena de não representar efetividade, ou, no máximo uma efetividade malsã, que só visa o resultado. A inconstitucionalidade é gritante”²⁰⁷.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, por sua vez, entende que a regra do art. 285-A é excepcional, pelo que “não pode ser aplicada indiscriminadamente, sob pena de se subverter o devido processo legal, e debitar-se a conta às expensas da necessidade, a qualquer custo, de um processo rápido”²⁰⁸.

Já para Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Júnior²⁰⁹, considerando tratar-se de hipótese de improcedência da ação e, portanto, não sendo possível se falar em qualquer prejuízo para o réu, já que se trata de decisão que lhe é favorável, não há que se cogitar qualquer violação ao Princípio do Contraditório, sendo amparados em tal entendimento por Humberto Theodoro Júnior²¹⁰ e Luiz Fux²¹¹.

Pela Lei nº. 11.280²¹², de 2006, permitiu-se a declaração de ofício pelo juiz da nulidade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão (parágrafo único do art. 112), o que embora resolva um problema afeto ao direito consumerista, de outro lado fere um sistema tradicional de alegação de exceção de incompetência relativa pela parte. E o que dizer em relação à declaração de ofício da prescrição, conforme o § 5º, do art. 219, com redação dada pela citada Lei, modificação que tem gerado grande celeuma doutrinária e derrubou tradição civilista milenar, que remonta ao direito romano. A mencionada Lei ainda sistematizou melhor o pedido de vista em julgamento por membro do tribunal (§§ 2º e 3º, do art. 555); permitiu o protocolo da exceção de incompetência no juízo em que se entende o competente (parágrafo único do art. 305); iniciou a abertura à adoção de meio eletrônicos para a prática de atos judiciais, permitindo a utilização dessa tecnologia na comunicação oficial no âmbito de cada tribunal, conforme parágrafo único do art. 154, do Código de Processo Civil; e, por fim,

²⁰⁷ DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 8ª ed. ampl. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 297.

²⁰⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de citação p. 203.

²⁰⁹ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Obj. de ref. p. 58. Nesse sentido conferir: DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 1. 2ª ed. rev. ampl. e atua. Salvador: Juspodivm, 2008. Obj. de ref. pp. 447-451.

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Obj. de ref. p. 18.

²¹¹ FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006. Obj. de ref. p. 26.

²¹² Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

estabeleceu expressamente a possibilidade de antecipação da tutela e concessão de medidas cautelares nas ações rescisórias, nos termos do art. 489, do Código.

Já por meio da Lei nº. 11.341²¹³, de 07 de agosto de 2006, o legislador, pela nova redação do parágrafo único do art. 541, permitiu a utilização de jurisprudência, para fins de comprovação de dissídio jurisprudencial, obtida diretamente de mídia eletrônica ou de julgado disponível na Internet, atendendo uma antiga reivindicação dos advogados e das partes em geral, facilitando sobremaneira a interposição de recursos às instâncias extraordinárias.

Continuando, estabeleceu-se a necessidade de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário, inovação trazida pela Lei nº. 11.418²¹⁴, de 19 de dezembro de 2006 (art. 543-A do Código de Processo Civil), em consonância com a inclusão do § 3º, ao art. 102 da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004; permitiu-se largamente e para todos os atos processuais, inclusive citação e intimação, a utilização de meios eletrônicos para produção, transmissão, armazenamento e assinatura, conforme a Lei nº. 11.419²¹⁵, de 2006, que pode ser chamada de Lei da Justiça Virtual (conferir parágrafo único do art. 38; § 2º do art. 154; §§ 2º e 3º do art. 169; § 3º do art. 202; inciso IV do art. 221; parágrafo único do art. 237; incisos V e VI e §§ 1º e 2º do art. 365; § 2º do art. 399; § 4º do art. 457; parágrafo único do art. 556); e, ainda, a realização extrajudicial de partilha de bens *causa mortis*, separação e divórcio consensuais entre capazes, por meio de escritura pública, nos termos dos arts. 982 e 1.124-A, do Código de Processo Civil, conforme redação conferida pela Lei nº. 11.441²¹⁶, de 04 de janeiro de 2007. E, por fim, a Lei 11.672²¹⁷, de 08 de maio de 2008, que acrescentou ao Código o art. 543-C, que institui no âmbito dos recursos especiais o chamado “recurso representativo da controvérsia”, visando diminuir a remessa de tais recursos ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que sendo selecionados e enviados recursos que sejam representativos dos conflitos, os demais recursos similares ficarão suspensos até a decisão daqueles.

²¹³ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²¹⁴ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Sobre o instituto da repercussão geral ver: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de ref. 232-233.

²¹⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Para um estudo sobre a referida lei conferir: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Obj. de ref. pp. 204-210.

²¹⁶ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 15 de maio de 2008.

5 O problema fundamental do direito processual: a necessidade de equacionar segurança jurídica e estabilidade social de um lado; correção e efetividade de outro

Frente à mudança de paradigma decorrente da necessária passagem a um Estado Democrático de Direito²¹⁸ e ante a toda complexidade pré-anunciada, a atividade jurisdicional também ganhou novas matizes, exigindo não só precisão e certeza do direito, como também correção e efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Porém, a necessária contraposição de tais elementos e a inafastável tensão existente em suas relações fez com que as definições dos mesmos se modificassem, de maneira que não se pode encarar segurança jurídica como inflexibilidade do sistema de direitos e nem efetividade como um fim que justifica qualquer meio, ou seja, é preciso a busca da superação de um modelo de segurança jurídica liberal-positivista e de uma efetividade almejada por um modelo social-prestacionista, já que ambos são extremos impraticáveis.

Assim, se segurança jurídica deve vincular-se ao imperativo de estabilidade social, escopo primordial do direito; efetividade deve compor e se integrar à correção do provimento para que obtenha legitimidade, conforme se demonstrará. Este prenunciado entrelaçamento das categorias em questão é, pois, o que se propõe como forma de se atingir o pleno desenvolvimento de um modelo democrático-deliberativo de jurisdição.

Situando o problema, em uma rápida digressão, cabe advertir, também, que a passagem do modelo liberal-positivista ao modelo do bem estar social (*welfare state*) foi marcada por uma ampliação dos poderes do julgador. Tal ampliação foi uma primeira reação buscando fazer frente aos diversos e crescentes problemas surgidos ante a complexidade do mundo moderno e a diversidade e variedade das demandas judiciais. Nesse quadro a segurança jurídica do modelo liberal-positivista de direito começa a ruir com a necessidade de atribuir efetividade aos provimentos jurisdicionais. Em brilhante estudo Luiz Guilherme Marinoni adverte que:

²¹⁸ José Afonso da Silva afirma que o Estado Democrático de Direito deve ser entendido como “Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Obj. de citação p. 118.

“A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da absoluta congruência entre o pedido e a sentença”²¹⁹.

Adverte, ainda, que para se atingir tal intento no Brasil, as regras contidas nos arts. 128²²⁰ e 460²²¹ do Código de Processo Civil, que cuidam da vedação de provimentos jurisdicionais *extra* e *ultra* *petita* tiveram de ser mitigadas, reescrevendo, conseqüentemente, a noção de segurança jurídica, estampada em tais dispositivos²²². Por suas próprias palavras:

Essa proibição [art. 460] tinha de ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo”, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social²²³.

Portanto, é uma guinada a favor da efetividade, com diversas reformas da legislação processual, um preconizado ativismo judicial e uma flexibilização do direito, que marcaram o definitivo abandono de um modelo liberal-positivista, de um direito como sistema fechado e estratificado, para a busca de resultados, de efetivas mudanças na realidade a partir do processo.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 219-237. Obj. de citação p. 233. Ver, também, p. 224.

²²⁰ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²²¹ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²²² “O art. 460, ao traduzir a idéia de segurança jurídica, afirma que a sentença deve limitar-se aos pedidos nos sentidos imediato e mediato. Ao falar na proibição de sentença de “natureza diversa da pedida” alude ao pedido imediato, e ao apontar para vedação de condenação em “quantia superior ou em objeto diverso”, trata do pedido mediato. Tal distinção é fácil de ser empreendida, pois o pedido mediato reflete “o bem da vida” – a quantia, o objeto – que se procura obter com o acolhimento do pedido imediato, isto é, com a sentença solicitada”. MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 219-237. Obj. de citação p. 233-234.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 219-237. Obj. de citação p. 234.

No processo civil brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni vê nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil²²⁴ e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor²²⁵ a expressão primordial da efetividade, já que permitem ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, tomar as medidas que entender necessárias para garantia da tutela específica ou de resultado prático equivalente. Ademais, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, por tais mudanças supera-se mais um dos dogmas da tradição pandectista francesa, no sentido da intangibilidade da vontade humana, que se negando a uma obrigação contraída, de fazer ou de não fazer, seria suficiente a que outro caminho se buscasse à satisfação do credor, comumente através das perdas e danos, pois impossível o constrangimento pessoal do devedor²²⁶.

Podem-se referir, igualmente, como uma grande virada à efetividade, as recentes reformas do processo de execução de quantia certa de título judicial e extrajudicial, notadamente pelas Leis nº. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e 11.382, de 6 de dezembro de 2006, já referidas acima²²⁷.

Não obstante, não se deve esquecer da segurança jurídica, a qual, se já não pode mais ser expressa pela certeza do conteúdo substancial da decisão, como se pretendia no modelo liberal, deve ser garantida ao menos pela certeza do procedimento, de modo que ao menos a forma de criação do direito e de estabelecimento de um provimento judicial seja previamente regulada a fim de garantir a correção da decisão. Mas qual seria a melhor forma para o estabelecimento de um provimento judicial?

É nesse quadro que se deve afirmar que, não obstante os grandes avanços decorrentes de uma posição de ativismo judicial e de todas as reformas processuais realizadas e sendo necessária a superação também do falido paradigma do bem estar social, percebe-se inexistir uma “certeza

²²⁴ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Para um estudo das relações desses dispositivos com a efetividade ver: RAIMUNDO, Leandro Silva. A efetividade do processo e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: notas sobre o sincretismo processual. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5276>>. Acesso em 15 fevereiro 2007.

²²⁵ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. Obj. de ref. p. 150.

²²⁷ Tratando da razoável duração do processo, Araken de Assis apresenta duras críticas às reformas, afirmando: “Mas que frutos produziu o labor legislativo? Reduziu, por mínimo que seja, o tempo de tramitação dos processos? Não. Infelizmente, se o objetivo das reformas tende a alcançar a “efetividade”, e a economia de tempo e de esforços em cada processo é um dos fatores determinantes para o sucesso da empreitada, torna-se imperioso reconhecer o efeito contrário da imensa maioria das erráticas alterações”. ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 195-204. Obj. de citação p. 202.

jurídica” a ser alcançada por métodos monológicos ou solipsistas de aplicação do direito, podendo ser alcançada alguma correção da decisão somente de forma procedimental-deliberativa, mantendo-se, ainda, uma coerência com o sistema de direitos e uma aceitabilidade racional do provimento²²⁸. Isto é, *prega-se a necessária passagem de um modelo social-prestacionista de jurisdição para um modelo democrático-participativo de direito, no qual a decisão é uma construção intersubjetiva de todos os envolvidos no processo, que deverão ter direitos, deveres e prerrogativas bem definidas, garantindo-se a segurança jurídica e possibilitando a correção da decisão.*

Nessa perspectiva tem-se que: “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o Princípio da Segurança Jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”²²⁹. Por outras palavras, embora não seja possível abandonar um certo nível de previsibilidade, essencial para estabilidade social, faz-se necessário uma adequação, *in concreto*, para uma correta aplicação do direito. E tal adequação só poderá ser legitimamente realizada de forma procedimental-deliberativa, adotando-se na formação do provimento jurisdicional o maior nível possível das premissas discursivas do entendimento mútuo.

Portanto, o tema da segurança jurídica e da efetividade, desdobrando-se na jurisdição também como pretensão de correção das decisões é a tensão entre discursividade (racionalidade comunicativa) e eficácia (racionalidade instrumental) presente no direito, revelando-se problema fundamental do processo, necessitando ser equacionada equilibradamente, a fim de garantir os escopos processuais.

Vale dizer que: “O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção”²³⁰.

²²⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. Obj. de ref. p. 19.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 245.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação pp. 247.

Nesse sentido também são claras as observações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ao tratar das relações entre segurança jurídica e efetividade preconizou: “Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa”²³¹.

Também, conforme destaca Hermes Zaneti Júnior:

[...] os valores ideológicos subjacentes ao direito processual são principalmente a *efetividade* e a *segurança jurídica*, que não se contradizem, mas antes se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos, jamais se anulando, sendo que o primeiro tem aderência maior e nascimento em uma matriz lógica de direito material, e o segundo, nascido do “paradigma legalista”, dele abdica e se distancia para se tornar fruto de ótica principalmente procedimentalista, que prescinde da solução colocada *prima facie*, mas exige o controle na construção da solução que será dada²³².

É preciso, ainda, se explicitar melhor estas questões, pelo que se passa a uma análise mais apurada dos elementos prenunciados e, em seguida, para um estudo de seu entrelaçamento.

5.1 Segurança jurídica e estabilidade social

Tratar de segurança jurídica e estabilidade social é cuidar do modo como o direito promove a integração e ordenação da sociedade contemporânea. É por meio da certeza ou segurança jurídica que o sistema de direitos garante a solidez da sociedade, sendo que aquela, no entanto, somente se justifica quando vinculada a esta, não sendo mais possível pensar em segurança jurídica enquanto ideologia e imutabilidade do sistema.

Assim, uma vez fluidificadas as tradições, quebrados muitos dogmas religiosos e, ainda, abaladas a escola e a família, dentre outras instituições sociais, é através da cristalização das expectativas de comportamento promovidas pelo direito que a sociedade busca se estabilizar. Nesse sentido o direito deve ser não somente efetivo e correto, como também certo e seguro. Segurança jurídica é expressão de confiabilidade no sistema de direitos. E embora a sociedade

²³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 356.

²³² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação pp. 183-184.

almeje um direito efetivo e decisões jurídicas corretas, é pela previsibilidade de sanções e a segurança dos procedimentos que se pode obter a manutenção da malha social. Uma sociedade de direito incerto, de procedimentos jurisdicionais obscuros e indefinidos não garante aos cidadãos o exercício de seus direitos, nem sequer dos fundamentais, a medida que tudo seria arbitrário, subjetivo, contingente, instável. Tal assertiva é, aliás, literariamente e de forma magnífica abordada por Franz Kafka em seu livro “O Processo”²³³.

Não por acaso a segurança jurídica é garantia constitucional, direito fundamental tendente a resguardar o indivíduo do arbítrio estatal. Nesse sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que:

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade²³⁴.

Além disso, sob um enfoque geral, ou seja, do ponto de vista do direito, ultrapassando o estrito campo do direito processual, o princípio da segurança jurídica relaciona-se a duas premissas fundamentais: “qualidade da lei e previsibilidade do direito”²³⁵. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux²³⁶, ao tratar de tais premissas, chegam a afirmar que até mesmo a eficácia e a efetividade são decorrentes da segurança jurídica, o que, sob certo aspecto, notadamente do ponto de vista da celeridade decorrente da previsibilidade, cuida-se de uma afirmação correta. Portanto, para tais autores, emanam da primeira premissa as seguintes garantias ou princípios: de clareza, acessibilidade, eficácia e efetividade. E, da segunda, os princípios da não-retroatividade da lei, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima e da estabilidade das relações contratuais.

²³³ Em sua obra Kafka relata a história de *Josef K.* que foi morto arbitrariamente, após ser condenado em um processo obscuro, regido por um Poder Judiciário hermético e institucionalmente invisível. KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

²³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 356.

²³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 357.

²³⁶ MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*. Paris: LGDJ, 2002. Obj. de ref. pp. 704-718.

Sob outro aspecto do tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que não se pode confundir segurança jurídica com imobilismo, fazendo com que ela se torne um fim em si mesma. Por suas palavras: “Cumprir não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social”²³⁷. Cândido Rangel Dinamarco também adverte que o maior óbice no campo do “*modo-de-ser*” do processo “é representado pela mentalidade tradicional, voltada ao imobilismo no processo e preguiçoso imobilismo ante as novas tendências”. E completa afirmando: “A burocracia processual, como toda burocracia é irmã do espírito de rotina e filha da preguiça, do medo de errar e da pobreza de inteligência”²³⁸.

Daniel Francisco Mitidiero e Hermes Zaneti Júnior advertem, porém, que em países de tradição romano-canônica, é extremamente complicado desvincular-se da clássica visão de segurança jurídica, afirmando que “Na verdade, o valor certeza (aqui também segurança jurídica) inerente ao direito da tradição romano canônica²³⁹ conformou de tal sorte a mentalidade do jurista que será preciso uma verdadeira revolução cultural para se obter a máxima efetividade que se propõe como valor nascente nesta mutação”²⁴⁰.

Não obstante, até mesmo como uma forma de se superar a referida dificuldade, vale dizer que a segurança jurídica deve relacionar-se à estabilidade social, ou melhor, tê-la como um polarizador, um fim. Ou seja, a estabilidade do sistema de direitos, vista como segurança jurídica, deve estar a serviço da estabilidade social. Cumprir não confundir, contudo, estabilidade com imobilismo, já que estável não é aquilo que objetiva a imobilidade, mas antes se trata daquilo que é forte, sólido, consistente e, portanto, confiável. Só faz sentido

²³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 357.

²³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 114-127. Obj. de citação p. 118.

²³⁹ “Assim, no direito desta tradição, a lei representa a segurança contra o arbítrio e portanto a idéia de segurança jurídica estaria na legislação por todos conhecida e aplicável a todas as situações da vida. Não outro era o ideal do Código de Napoleão, que no auge do racionalismo pregava: o juiz é a boca da lei. Em síntese o vigor do pensamento da tradição romano-canônica pode assim ser demonstrado, por hora: “La literatura de la tradición del derecho civil hace gran hincapié en la importancia de la certeza del derecho. Por supuesto, la certeza es uno de los objetivos de todos los sistemas legales, pero en la tradición del derecho civil há llegado a ser uma especie de valor supremo, um dogma indiscutible, uma meta fundamental”. cf John Henry Merryman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 96.”

²⁴⁰ ZANETI JR., Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Obj. de citação pp. 29-30.

falar-se em segurança jurídica na medida em que a mesma contribui para os escopos jurídicos e processuais; e o primordial escopo é a coesão social.

Assim, contemporaneamente, fala-se em segurança jurídica como algo dinâmico, não mais estático; segurança esta que se mede não pela imutabilidade ou inflexibilidade da norma, mas antes pela estabilidade de suas finalidades. Esta perspectiva é, dessa forma, entender segurança jurídica como um meio, ou seja, um instrumento do ordenamento a favor da estabilidade social. É, inclusive, admitir que seja empregada como estímulo a mudanças, quando estas representarem um aprimoramento em prol dos escopos processuais. Tratando da passagem de um paradigma de direito inflexível ao da atual flexibilidade, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma:

Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. [...] Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na mediada em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime²⁴¹. Em suma, a segurança, já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto²⁴².

Conclui-se, portanto, que segurança jurídica relaciona-se com adequação, possui como finalidade a estabilidade social e os escopos do Estado contemporâneo, além de se relacionar com a efetivação do direito substancial e com a especificação e adaptação do provimento a cada caso, de forma a propiciar correção nas decisões. Feitas estas considerações, passe-se à correção, à efetividade e às suas relações.

5.2 Correção e efetividade

²⁴¹ A esse respeito: FREITAS, Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Obj. de ref. pp. 74-76.

²⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 359.

Correção liga-se a legitimidade da decisão e a sua capacidade de produzir efeitos. Correta é a decisão reconhecida por seus destinatários, ou seja, aceita racionalmente e, ainda, consistente do ponto de vista dos escopos almejados pelo processo.

Portanto, o valor efetividade integra a correção de uma decisão jurisdicional, uma vez que além de legítima e aceita, uma decisão correta tem de conceder a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito.

Nessa perspectiva somente um processo discursivo, interativo e cooperativo pode produzir uma verdadeira decisão correta. Habermas afirma que “[...] a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”²⁴³.

Para além disso, correção também exige coerência com o sistema de direitos, pelo que “Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”²⁴⁴.

Quanto à efetividade vale dizer que, contemporaneamente, é expressão freqüente no dia-a-dia de todos os envolvidos no mundo jurídico, sendo conclamada até mesmo pelos jurisdicionados²⁴⁵. Tem sido debatida dos encontros jurídicos aos corredores dos Fóruns e Tribunais, além de ser tema freqüente em congressos mundiais, notadamente naqueles que abordam o direito processual²⁴⁶.

Nesse quadro, estando implicitamente presente nos incisos XXXIV e XXXV, do art. 5º, da Constituição da República²⁴⁷, é Princípio decorrente da garantia constitucional de acesso à

²⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 287.

²⁴⁴ Habermas com base nos ensinamentos de Dworkin. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 289.

²⁴⁵ “Dotar o processo de efetividade prática constitui preocupação não só do processualista, mas de todos os que têm consciência da importância da atividade jurisdicional para realização dos direitos”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 20.

²⁴⁶ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. A Tutela Mandamental como Manifestação do Princípio Constitucional da Efetividade do Processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 115-126. Obj. de citação p. 115.

²⁴⁷ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. A Tutela Mandamental como Manifestação do Princípio Constitucional da Efetividade do Processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil:*

justiça²⁴⁸, mormente considerando esta como o acesso à ordem jurídica justa²⁴⁹. Segundo as lições de José Roberto dos Santos Bedaque, pode ser entendida, ainda, como a efetivação do direito material por meio de atos processuais²⁵⁰.

O mesmo autor, ao tratar da atual fase do direito processual, destaca, ainda, que:

Hoje não se discute mais sua independência e autonomia. Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa²⁵¹.

Ademais, conforme já afirmado, efetividade exige especificidade da tutela²⁵², adaptação e adequação ao caso concreto e equidade nas decisões judiciais o que acaba por pressupor, portanto, a correção da decisão.

homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 115-126. Obj. de citação p. 117.

²⁴⁸ “Podem, assim, decorrer da tutela constitucional do direito de ação outras garantias, implícitas no preceito constitucional, mas operando agora no curso do *iter* processual, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. Obj. de citação pp. 76-77.

²⁴⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Obj. de ref. pp. 15 e seguintes. Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. Algumas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. In: *RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, v.16, nº 64.out.-dezembro de 1991. pp. 145-157. Obj. de ref. p. 148. Kazuo Watanabe destaca, ainda, os seguintes elementos como essenciais ao direito a uma ordem jurídica justa: “[...] são elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135. Obj. de citação p. 135.

²⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. p. 49. E ainda: “[...] a tutela constitucional da ação compreende todos os meios para a obtenção do pronunciamento do juiz sobre a própria pretensão. Não se trata, obviamente, de mera garantia de acesso, compreendendo outros mecanismos destinados a assegurar um processo justo e efetivo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação. p. 82.

²⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 66.

²⁵² Entende-se especificidade da tutela como sinônimo de tutela diferenciada. Esta última, como ensina João Batista Lopes, representa o conjunto de técnicas e formas para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, as regras e os valores de ordem jurídica. LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2005. Obj. de ref. p. 22. Cf.: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação Jurisdicional Efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 153-166.

Porém, correção não se limita à adequação e à especificidade da decisão, mas também a sua legitimidade, pelo que demanda aceitabilidade racional do provimento de modo que os envolvidos se sintam partícipes da decisão, ou seja, sintam-se ao mesmo tempo autores e destinatários do provimento. Desse modo, mais do que derivada da correção do provimento, a efetividade deve estar sempre a ela vinculada, na medida em que se cuida de bandeira perigosa, podendo justificar reformas infundadas, arbitrariedades, subjetivismos e afastamento dos princípios processuais constitucionais²⁵³. Donde se conclui que somente uma decisão correta pode garantir uma efetividade legítima.

Além disso, como advertem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sendo efetividade algo vago, porém relacionada a uma decisão estritamente vinculada ao direito existente, o que demanda imparcialidade do juízo e paridade absoluta de armas dos litigantes, e em sendo tais condições utópicas, é um elemento processual que deve ser avaliado com cuidado, sob pena de se pagar um preço alto demais. Vejam algumas de suas palavras:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo²⁵⁴.

²⁵³ Em relação a um devido processo constitucional e sobre o perigo da bandeira da efetividade José Joaquim Calmon de Passos, com muito brilhantismo, ensina que: “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade paraticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Obj. de citação pp. 69-70.

²⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de citação p. 15.

Em outra medida, vincular correção à coerência com o sistema de direitos, nos termos propostos por Dworkin e Habermas²⁵⁵, é aceitar a necessidade de segurança jurídica nos provimentos, o que implica em se admitir, que embora sejam elementos antagônicos, pressupõe-se e dependem mutuamente um do outro, conforme se verá abaixo.

5.3 O entrelaçamento dessas categorias

É importante advertir-se, em primeiro lugar, que hodiernamente o valor efetividade tem estado em maior destaque do que a segurança jurídica, para o que contribui, primordialmente, não só a complexidade do direito como uma ineficiência do poder judiciário. No entanto, é natural e perfeitamente compreensível que tal aspecto do problema esteja em posição de maior destaque, já que é nesses dias, ao menos aparentemente, a maior parte do mesmo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atesta “[...] que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Um dos aspectos relevantes é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativo uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais²⁵⁶.

Quer-se advertir, contudo, ao contrário do que se tem visto em matéria processual no Brasil, que não adianta retirar o foco da crise de um pólo e enviar ao outro, ou seja, não se resolve um problema trocando-o de lugar, ou gerando outro problema. Como bem afirmou Paulo Hoffman: “Algumas vezes, em busca de mudanças, equívocos são cometidos e criam-se dificuldades para as partes litigarem em juízo, imaginando-se sempre a lei como imperfeita, em vez de se atacar diretamente o grande mal que atinge o processo com sua exagerada duração: a falta de investimento em infra-estrutura do Poder Judiciário”²⁵⁷.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 289.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 359.

²⁵⁷ HOFFMAN, Paulo. Falsas medidas tendentes à efetividade – a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de o autor apresentar rol de testemunhas na petição inicial. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 167-174. Obj. de citação p. 168. Cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: *Repro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 20. nº.78, abr./jun. 1995, p.133-144. _____ In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXI, nº. 62, novembro de 1994, p.173-189.

Nesse sentido Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertem que: “O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”²⁵⁸. E mais:

Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, a pesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas²⁵⁹.

Feitas estas considerações, cabe ressaltar que o direito necessita, tanto em sua normatização quanto em sua aplicação, de efetividade e correção como de segurança jurídica. O estabelecimento de expectativas de comportamento sancionadas, que geram segurança jurídica e permitem a estabilidade social, deve ser legítimo, tanto nos discursos de fundamentação quanto de aplicação da norma. Para Habermas:

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica, de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente²⁶⁰.

Assim, nesse quadro de interdependência entre segurança jurídica (implementação de expectativas de comportamento) e correção (legitimidade da decisão), Habermas adverte que não é suficiente enviar um conflito ao Poder Judiciário, o que é garantido por um amplo acesso à justiça. Mas antes, ingressar como uma ação deve representar a certeza de obtenção de uma decisão que seja simultaneamente consistente (mantenha a segurança jurídica) e

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de citação p. 163. Nesse sentido também Araken de Assis se pronunciou: “Nem sempre o processo rápido traduz processo justo. Impõe-se abreviá-lo para melhorá-lo, e, não, piorá-lo, sonogando outros tantos direitos fundamentais a uma das partes ou a ambas”. ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 195-204. Obj. de citação p. 196.

²⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de citação p. 164.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação pp. 245-246.

legítima (seja reconhecida racionalmente pelos envolvidos). Somente deste modo é possível se alcançar a função sócio-integradora do sistema de direitos, ou seja, somente garantindo segurança jurídica e correção, um provimento judicial cumpre os escopos processuais. Por suas próprias palavras:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidilas obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial ²⁶¹.

Vale dizer, portanto, que como critérios na prática de decisões judiciais deve-se obedecer: “De um lado, o princípio da segurança jurídica [que] exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito”²⁶².

Assim, nos termos das lições de Habermas, segurança jurídica é valor vinculado a consistência da decisão em relação à ordem jurídica, mas a legitimidade da decisão ultrapassa a necessidade de consistência exigindo um reconhecimento racional da decisão, ou seja, seus destinatários devem-se sentir seus co-autores.

Eis, pois, a grande questão: como equacionar, na prática judicial, uma coerência interna (segurança jurídica) com uma legitimidade externa (correção das decisões). Passa-se a discussão de como se tem buscado tal equacionamento no Brasil. Para tanto realizar-se-á uma análise dos movimentos da instrumentalidade e da constitucionalização do processo.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação pp. 245-246.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 246.

6 Propostas de equacionamento

6.1 A instrumentalidade do processo: uma expressão da eficácia (razão instrumental)

Na linha de investigação que se tem desenvolvido, no embate entre racionalidade instrumental (eficácia) e racionalidade comunicativa (discursividade) e suas muitas implicações para o direito e, especialmente, para o direito processual, chega-se a um ponto crucial do tema, qual seja: a análise daqueles dois movimentos que se entendem serem os principais nas últimas décadas de desenvolvimento da processualista civil brasileira. São eles: a instrumentalidade do processo e a constitucionalização do processo.

Sendo assim, tem-se que a instrumentalidade do processo, primeiro desses dois grandes movimentos, iniciou-se no Brasil com os estudos empreendidos pela conhecida Escola Processual Paulista, que possui como principais expoentes autores como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Wantanabe, José Roberto dos Santos Bedaque, dentre muitos outros. Sendo que o ápice do referido movimento é, sem dúvida alguma, a já clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco intitulada “A instrumentalidade do processo”, datada de 1986.

Desse modo, situando o tema num contexto histórico, apresentar-se-ão, em seguida, suas principais características e relevantes contribuições para, ao final, tecerem-se considerações sobre o que se entende serem os limites da instrumentalidade, ingressando no modelo metodológico constitucional, verdadeira forma e substância do Estado Democrático-deliberativo de Direito e do processo adequado a ele.

6.1.1 Da autonomia à instrumentalidade

Fala-se, atualmente, em três fases metodológicas fundamentais do direito processual²⁶³, quais sejam: a sincretista ou imanentista; a autonomista ou conceitual; e a instrumentalista.

Nessa ótica, até meados do séc. XIX o processo era visto como forma de exercício de direitos, um direito acessório, adjetivo, que se expressava a reboque do direito material. Considerando, portanto, uma união sincrética entre direito processual e direito material, afirmava-se que o processo emanava do direito material. Nesse período inicial, a ação também era concebida como o próprio direito material subjetivo que, uma vez desrespeitado, manifestava sua face processual²⁶⁴, não existindo qualquer consciência da distinção entre relação jurídica material e relação jurídica processual. Do mesmo modo, o direito processual não era um ramo autônomo dentro do ordenamento jurídico.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

Tinha-se, até então a remansosa tranqüilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi debeat, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz²⁶⁵.

Esse longo período de sincretismo perdurou desde as origens do próprio direito até que, na Alemanha, os doutrinadores começaram a investigar e questionar sobre a natureza jurídica do processo e da ação travando-se a já conhecida polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther²⁶⁶.

²⁶³ A referida divisão tem sido adotada por parte da doutrina pátria. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. pp. 47 e seguintes. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16ª ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Obj. de ref. pp. 8-10. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2ª ed. rev. atu. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 1997. Obj. de ref. pp. 27 e seguintes.

²⁶⁴ Nesse sentido Enrico Tullio Liebman adverte: “Por muito tempo (invertendo a sistemática romanística) se considerou a ação como uma parte integrante do direito subjetivo substancial, ou como o próprio direito na sua fase ativa e agressiva”. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tocantins: Intelectus, 2003.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 18.

²⁶⁶ “Na obra revolucionária de Bernhard Windscheid (*Die “actio” des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*), ponto inicial da famosa polêmica tantas vezes lembrada nos estudos dos processualistas, um dos propósitos fundamentais foi o de afastar o paralelismo ente a *actio* romana e a ação do direito moderno, a partir da observação de que o sistema romano foi um sistema de *actiones*, não de direitos; ao que os romanos designavam por *actio* disse, corresponde o que hoje se chama *pretensão* (*Anspruch*), ou seja, a “faculdade de impor a própria vontade por via judiciária”. [...] Na resposta da polêmica de Theodor Muther a esse escrito, onde

Conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco, dessa polêmica, a primeira repercussão em direção à fase autonomista foi a percepção da distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial²⁶⁷, ao que acabou se seguindo o desenvolvimento de diversos estudos e pesquisas dos institutos processuais, culminando em uma ciência jurídica processual específica, dotada de objeto e métodos próprios.

O referido desenvolvimento da ciência processual fez com que se atingisse o seu mais alto grau de autonomia com a proclamação do caráter abstrato do direito de ação. Nesse contexto surgem os grandes tratados e importantes estudos sobre os fatos e situações jurídicas do processo gerando uma forte escalada da técnica processual. “A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos”²⁶⁸.

No entanto, conforme advertem Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus

se sustentou a prioridade do direito com referência à ação também no direito romano (defendida, pois, a reaproximação dos conceitos de *actio* e ação), foram ditas aquelas coisas indicadas no texto, sobre a natureza da ação (direito à tutela jurídica) e sua titularidade passiva (o magistrado, não o adversário). Essa história polêmica foi o marco inicial do inconformismo do jurista moderno em face das colocações tradicionais, e isso como reflexo do *Iluminismo* sobre a ciência processual secularmente dócil às tradições privatistas. Ela principiou todo um movimento de acomodação do processo ao modo-de-ser da conjuntura político-social em que se insere.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Nota de rodapé nº. 3.

²⁶⁷ Cândido Rangel Dinamarco elucida que Von Bulow não é o idealizador da relação jurídica de direito processual, contudo em sua obra “*Die Lehre von den Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen*” (Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais), datada de 1868, sistematizou e racionalizou a idéia de uma relação jurídica de direito público entre o juiz e as partes no processo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Notas de rodapé nº. 4 e 72. Advirta-se que a doutrina é praticamente unânime ao apontar a referida obra como o marco inaugural da fase autonomista. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16ª ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Este último afirmou: “Esta notável obra, tanto mais notável porque assentada no direito romano, foi o ponto de partida para a autonomia do processo, tal como hoje entendida, e informa todo organismo processual, e tal como consta nos Códigos modernos, principalmente a partir dos Códigos de Processo Civil alemão e austríaco”. Obj. de citação p. 91.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 48.

resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer²⁶⁹.

Percebeu-se, pois, que uma vez fundada a ciência processual e definido o seu objeto, instituídas suas premissas metodológicas e delineados sistema e método processuais, atingiu-se um ponto de “maturidade” suficiente e passou a não se justificar mais “a clássica postura metafísica consistente nas investigações destituídas de endereçamento teleológico”, pelo que, na conhecida comparação de Cândido Rangel Dinamarco: “Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo”²⁷⁰.

Advirta-se, desse modo, que a grande nota da instrumentalidade é a postura crítica, uma vez que estando o processualista ciente do nível de desenvolvimento interno do aspecto técnico-dogmático da ciência processual, decorrente de quase um século de evolução, buscou-se passar para um ponto de vista que valoriza o *âmbito externo*, isto é, uma investigação com os olhos voltados para os resultados práticos do processo e da ciência processual. Por outras palavras: “é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária”²⁷¹. A instrumentalidade é, pois, uma valorização do processo como meio (instrumento), em um típico movimento da racionalidade instrumental, levando o sistema a um imperativo de eficácia.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, tratando do sentido das últimas décadas de estudos processuais: “[...] o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo”²⁷².

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p 49.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 23. Obj. de ref. pp. 22-23.

²⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 49.

²⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Obj. de citação p. 8.

Fala-se, inclusive, em dois sentidos da instrumentalidade, desdobrando-se, pois, em instrumentalidade negativa e instrumentalidade positiva²⁷³. Assim, conforme as lições de Cândido Rangel Dinamarco, por instrumentalidade negativa entende-se a necessidade de se considerar o processo um meio e não um fim em si mesmo. E é exatamente por esse motivo que é tida como negativa, ou seja, negativa precisamente por negar que o processo seja um fim²⁷⁴. De outro lado a face positiva da instrumentalidade relaciona-se ao acesso à ordem jurídica justa e efetiva. Como assevera Cândido Rangel Dinamarco:

O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo centro dos estudos mais avançados, na ciência processual na atualidade²⁷⁵.

Portanto, ao mesmo tempo em que nega uma metodologia processual voltada sobre si mesma, ou seja, preocupada em aperfeiçoar o processo para o processo e pelo processo; a instrumentalidade exige uma visão teleológica da jurisdição, visão esta que deve atrelar-se a um imperativo de efetividade em busca de um resultado útil para o processo²⁷⁶.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 324 e seguintes.

²⁷⁴ “O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 326.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 326.

²⁷⁶ Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução”. E mais a frente diz: “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político e econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação pp. 25-26. Crê-se, contudo, que não é instrumentalidade (razão instrumental) que permite fazer do processo um canal axiológico da sociedade, mas antes a participação discursiva (racionalidade comunicativa). Assim também, não se entende possível pregar que é partir de uma visão instrumental que se possa legitimar o processo. Conforme já afirmado a legitimidade é algo mais complexo, que exige não só resultados como também reconhecimento das leis e decisões por parte dos destinatários.

6.1.2 Os escopos do processo: imperativos à efetividade

Conforme assentado pela instrumentalidade, o processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas antes como um meio. Ora, se é um meio, um instrumento, seria vago e pouco se acrescentaria ao conhecimento processual se não fossem indicados os objetivos (fins) a serem atingidos por meio do processo. Para Cândido Rangel Dinamarco, portanto, “O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”²⁷⁷.

É importante que se chame atenção, ainda, que nessa conotação teleológica os instrumentalistas voltam-se para o que é exterior ao direito, isto é, ultrapassam os objetivos puramente jurídicos do processo e propõe investigar as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e o Estado²⁷⁸.

Assim, em uma concepção instrumental do processo, de foco teleológico, a investigação dos escopos, finalidades ou funções do processo e da jurisdição torna-se um dos pontos essenciais de estudo, não só em relação ao próprio ordenamento jurídico, mas também perante a sociedade e o Estado em que se inserem²⁷⁹.

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 181. Bruno Silveira de Oliveira ao cuidar da instrumentalidade afirma: “Mas, afinal, quais os objetivos a atingir? Essa é uma pergunta que não pode, em hipótese alguma, ser levianamente considerada. Senão por outras razões, então apenas por estas: pouco adianta saber que algo é um instrumento se não conhecermos sua finalidade, tampouco ajudará sabermos que algo é um instrumento se, mesmo conhecendo sua finalidade, não soubermos utilizá-lo com a destreza necessária para a obtenção do resultado almejado”. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In: *RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 32, nº. 146, abril de 2007, pp. 321-331. Obj. de citação p. 322.

²⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. p. 186. Para o autor um dos problemas do positivismo era, também, sua postura introspectiva. Vejam suas palavras: “O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade”.

²⁷⁹ Conforme adverte Daniel Roberto Hertel: “Os escopos do processo coincidem com os escopos da jurisdição. Na verdade, sendo o processo o instrumento pelo qual se desenvolve a jurisdição, não poderia aquele ter escopos diversos desta”. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: A instrumentalidade substancial da formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. Obj. de citação p. 41.

Fala-se, portanto, em escopos sociais, políticos e jurídico da jurisdição²⁸⁰. Passa-se a breves considerações sobre os mesmos, iniciando pelos objetivos sociais do processo.

Os dois escopos sociais essenciais do processo ou da jurisdição são: pacificar com justiça e educar a sociedade.

O objetivo de pacificar com justiça é proveniente da atribuição fundamental que a instrumentalidade atribui ao processo: a solução de conflitos na sociedade. Não obstante, ressalta Cândido Rangel Dinamarco, que tal pacificação deve ser feita com justiça, uma vez que a “missão social pacificadora” não se dá “por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”²⁸¹.

Porém, antecipando as considerações do item seguinte, vale dizer que a instrumentalidade é limitada ao propor o modo de se atingir tal escopo, uma vez que tendo uma perspectiva reducionista do processo, já que focada sobremaneira no valor efetividade e, ainda, em uma conotação do Estado Social-prestacionista²⁸², não é capaz de apontar, metodologicamente, como fazer justiça no caso concreto. Ao tratar de tal escopo, e verificando o problema da aporia da justiça, Daniel Roberto Hertel afirma que: “Nesse particular, desponta o problema da relatividade do conceito de justiça, o que dificulta sobremaneira o delineamento desse escopo”²⁸³.

Outro relevante escopo social seria o de educar a população, ou seja: conscientizar os membros da sociedade de seus direitos e obrigações. Uma população educada juridicamente, conhecedora, portanto, de seus direitos e deveres, tende não só a cumprir o direito como

²⁸⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. pp. 30 e 40. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 193-272.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 196.

²⁸² Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. *Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagos*. Vol. 1, nº. 1, pp. 57-110. 2º sem. 2002.

²⁸³ HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: A instrumentalidade substancial da formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. Obj. de citação p. 42.

também a pleitear corretamente aqueles que forem violados, permitindo, desse modo, um real acesso à justiça²⁸⁴.

Contudo, novamente entende-se que a instrumentalidade pouco pode contribuir para que se alcance este escopo, isto porque, sendo uma expressão da eficácia, desprestigia o discurso, fazendo com que não exista a preocupação de participação no processo, mas antes a produção de resultados²⁸⁵.

No campo dos escopos políticos a observação inicial diz respeito à íntima relação entre o sistema processual e a política, da qual a justiça faz parte. Nesse âmbito Cândido Rangel Dinamarco aponta três aspectos fundamentais: o primeiro diz respeito à afirmação da capacidade do Estado de decidir imperativamente; o segundo seria uma valorização do valor liberdade; e o terceiro assegurar a participação dos cidadãos. O autor afirma que: “*Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político”²⁸⁶. Portanto, no âmbito político, seriam escopos do processo a participação com a afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento.

Não obstante tais escopos políticos, se é certo que a instrumentalidade em nada prejudica a imperatividade do Estado ao pronunciar um provimento judicial e se não é difícil concluir que também não invalida o valor liberdade, pensa-se ser igualmente correto afirmar que em nada beneficia o escopo participação, pois, razão instrumental (meio-fim) é a face oposta da comunicação. Não é visando resultados que se proporciona participação, mas antes criando mecanismos processuais de inserção das partes, isto é, de diálogo, conversação, o que, aliás, as últimas décadas de reformas instrumentais só revelaram reduzir, notadamente por uma das

²⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 197-198. O autor afirma textualmente: “A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo”.

²⁸⁵ Por mais que não seja admitido é certo que a prevalência da eficácia desprestigia o discurso. Veja a seguinte passagem na qual Cândido Rangel Dinamarco afirma que mesmo sentenças injustas pacificam os conflitos. “Além disso, quando se pensa nas chamadas sentenças injustas, que são aquelas que por algum motivo conduzem a resultados não indicados no ordenamento jurídico substancial, tem-se a eliminação definitiva do conflito, com total “imunização” do decidido contra novas investidas, apesar de nada terem contribuído para a atuação das leis”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 203.

²⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 205.

faces que se mostra a efetividade, qual seja, a face da celeridade, que fundamenta a supressão de fases ou atos procedimentais.

Por fim, Cândido Rangel Dinamarco também destaca o escopo jurídico do processo. Quanto ao mesmo afirma, inicialmente, que se uma visão estritamente jurídica do processo seria equivocada, isto é, que seria errado afirmar que o processo possui apenas objetivos jurídicos, diz ser igualmente equivocada “execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico”²⁸⁷.

Portanto, investigar o escopo jurídico é estudar de que forma opera e qual a posição que o sistema processual ocupa no sistema jurídico, afastando, porém, a ingênua e frágil crença de que a jurisdição exista simplesmente para produzir decisões, títulos executivos, ou mesmo a coisa julgada²⁸⁸.

Vale dizer, ainda, que alguns instrumentalistas vêem o escopo jurídico como síntese dos demais, ou seja, na aplicação da lei (seu escopo jurídico) o processo já promoveria o cumprimento, por via oblíqua, de seus escopos sociais e políticos. Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque afirma que: “No escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz”²⁸⁹. Também Flávio Luiz Yarshell atesta:

Procede, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são conseqüência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade²⁹⁰.

Assim, é bom que se diga que foi grande a contribuição de Cândido Rangel Dinamarco ao fixar os objetivos do direito processual ou da jurisdição, mormente pelo fato de que o autor

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 215.

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 216-217.

²⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 60. Afirma também: “Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político”. Obj. de citação p. 59.

²⁹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. Obj. de citação p. 17.

percebeu que o processo ou mesmo o direito não deve ser encarado como um sistema fechado, mas antes como um sistema aberto de normas e valores sociais e políticos. Nesse sentido Hermes Zaneti Júnior também exalta o autor paulista dizendo que: “Cândido Rangel Dinamarco prestou valiosa colaboração para os estudos do processo civil quando estabeleceu, em texto clássico, a convivência de diversos escopos, funções ou finalidades da jurisdição”²⁹¹.

Contudo, e é o que se pretende reforçar no próximo ponto, pensa-se que a instrumentalidade do processo não é capaz de cumprir todos os objetivos da jurisdição, conforme já se vem se destacando. Vejam-se, pois, as limitações desse movimento.

6.1.3 As limitações da instrumentalidade

Embora os adeptos da instrumentalidade não neguem a necessidade de conformação do processo aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais²⁹², parece evidente que a ótica instrumental atribui primazia ao processo enquanto meio, exacerbando, desse modo, a dimensão teleológica do processo em detrimento das dimensões axiológica e deontológica. Nos trilhos da atual doutrina sobre as atribuições estatais, as dimensões relacionadas ao processo devem ser harmônicas entre si, não é possível aceitar a primazia abstrata de nenhuma delas sob pena de se ferir princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

O alinhamento feito entre processo e instrumento remonta, na realidade, a uma concepção de Estado Social, no qual a centralidade residia *no fazer* (meio – razão instrumental) e não *no como se faz* e *no quem faz* (participação – razão comunicativa), sendo o processo visto como mero instrumento de pacificação social²⁹³.

²⁹¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 138.

²⁹² Por todos Cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 26 e seguintes. BÉDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: BÉDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. (Coords.) *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Obj. de citação p. 18. “[...] o sistema processual deve ser elaborado a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade”.

²⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. pp. 47 e seguintes. Veja-se o nítido caráter prestacionista evidenciado na seguinte passagem: “E hoje, prevalecendo as idéias de Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso

Diametralmente oposto, sob uma abordagem do Estado Democrático de Direito, o processo *inseri* (participação-discursividade) e não apenas *confere* (instrumento-eficácia)²⁹⁴, necessitando, portanto, de que se cheguem a decisões corretas (pretensão de correção) e não apenas decisões que “pacificam” os conflitos, ou seja, que somente põem quantitativamente fim às lides. O Estado Democrático é o Estado da *parceria* (cidadãos) e não da *prestação* (clientes), pelo que a efetividade passa ser mais um entre muitos valores. Do mesmo modo, o processo não deve ser apenas instrumento no sentido de conferir o direito material, mas deve se revestir das características democrático-constitucional-deliberativas próprias de um Estado pluralista, garantindo a realização de justiça no caso concreto²⁹⁵.

Sob tal ótica, ou se adequa o estudo da instrumentalidade ao contexto constitucional, ou se conclui pela imprecisão de se preconizá-la tal qual colocada, já que é inegável ser apenas um dos elementos que compõe um prisma constitucional do processo. Por outras palavras, embora relevante, a idéia de instrumentalidade não parece merecer todo o destaque a ela atribuído, uma vez que é apenas um prato da balança, um lado da moeda. Crer-se não ser correto afirmar, como fez Daniel Roberto Hertel que “Na verdade, hoje, qualquer estudo de direito processual que estiver apartado da concepção instrumental estará fadado à inutilidade”, ou também José Roberto dos Santos Bedaque para quem: “[...] o caráter instrumental do

deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça”. Obj. de citação p. 43. Conferir, ainda, p. 31.

²⁹⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco: “Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados [...]”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 64.

²⁹⁵ “À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo, já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinente aos valores da efetividade e da segurança jurídica, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. _____ *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 29, nº. 113, janeiro-fevereiro de 2004, pp. 09-21. Obj. de citação p. 18. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1ª ed. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Obj. de ref. p. 472.

processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito”²⁹⁶.

Assim, muito mais que se promover uma investigação sob a ótica da instrumentalidade, o que seria uma abordagem limitada e reducionista do processo (apenas eficácia), tem-se que buscar enxergar o processo pelos fundamentos constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia, segurança jurídica, efetividade, razoável duração etc. (eficácia e discursividade). Vale dizer que o processo não deve ser adaptado e adequado apenas ao útil (âmbito pragmático), mas também ao bom (âmbito ético) e ao justo (âmbito moral)²⁹⁷.

Cabe advertir, portanto, que a dimensão constitucional do processo necessita sua total inserção enquanto parte integrante de um sistema cujo primado é a soberania popular e os direitos fundamentais, o que demanda, não somente efetividade, mas antes participação e pluralidade de idéias. Necessita-se, pois, da instituição de um contraditório real, o qual deve ser encarado como princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não como simples prerrogativa prescrita apenas por leis processuais ordinárias ou, pior, apenas dosado pela atuação jurisdicional como simples conceito e juízo de senso comum, pautando-o por mera conveniência ou discricionariedade do julgador.

Denuncia-se, portanto, uma ótica segundo a qual caberia aos juízes e tribunais “canalizar a vontade dominante”, promovendo uma “síntese das opções axiológicas da nação”, na qual o juiz seria “um canal de comunicação entre a nação e o processo”²⁹⁸, em uma típica visão substancialista pura²⁹⁹. Frise-se que a decisão não deve ser entregue ao jurisdicionado, mas

²⁹⁶ Respectivamente: HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: A instrumentalidade substancial da formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. Obj. de citação p. 36. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. Obj. de citação p. 11.

²⁹⁷ Diferentemente Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 183.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. pp. 48, 240-241, 244 e 389. É interessante notar que na página 237, embora se pense ser incoerente, o autor admite a cooperação processual, afirmando que a decisão é formada por todos os envolvidos no processo. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 60.

²⁹⁹ “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Obj.

antes construída com a sua efetiva participação. O juiz, sozinho, não é capaz de entregar a decisão correta ou justa. Ele é apenas uma peça do xadrez, mesmo que alguém a considere a mais importante no tabuleiro³⁰⁰.

Reforce-se que deve ser afastada a idéia de Estado Social, pela qual o Estado traz para si o dever de promover a plena realização dos direitos fundamentais, sendo o processo um meio para realização da justiça, tudo rumo a um bem-estar social. Nesse contexto o processo seria um instrumento (meio – razão instrumental) a serviço da paz social, a medida em que a jurisdição é exercida por meio do processo, pelo que o processo era conceituado como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais desempenham suas atividades tudo para pacificar os litigantes, em busca de uma eliminação dos conflitos.

Não obstante, a Constituição da República brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, institui de maneira expressa um Estado Democrático, pelo que se deve adequar as instituições, institutos e preceitos jurídicos a este novo paradigma, eliminando, de uma vez por todas, concepções arcaicas decorrentes de modelos de Estado superados e sabidamente falidos, nos quais o objetivo do processo se resumia a simples pacificação dos conflitos surgidos, devendo estes, ainda, serem solucionados a qualquer custo por um Estado onipotente, que se vale de seu “poder” independentemente das garantias processuais constitucionais e dos direitos fundamentais.

Portanto, o processo deve ser entendido como mecanismo de resguardo dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, notadamente aqueles de envergadura fundamental. Mas, para tanto, o processo deve ser arquitetado com observância dos Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório e da Isonomia entre as partes litigantes. Por outras palavras o processo, em um Estado pluralista, deve ser visto num plano horizontal de cooperação e participação e não em um plano vertical de imposição, no qual é encarado somente como forma de contenção de um possível caos social.

Com mais fervor José Joaquim Calmon de Passos afirma que:

de citação p. 21. Ora, quem legitimou o Judiciário a assumir este papel de intérprete? O próprio direito positivo, ou quem sabe uma capacidade superior do juiz...

³⁰⁰ Nesse sentido conferir: FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagos*. Vol. 1, nº. 1, pp. 57-110. 2º sem. 2002.

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela "instrumentalidade" foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como "dado" o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável - a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação³⁰¹.

Contudo, não se quer, como parecer ter feito Calmon de Passos, crucificar o movimento da instrumentalidade, mas antes propor que o mesmo seja visto em seus estritos e limitados termos e não como a “galinha de ovos de ouro”, capaz de solucionar todos os problemas processuais existentes.

Assim, para uma concepção que se pensa ser a mais completa e capaz de abarcar toda a multidimensionalidade do direito processual, passa-se a investigação da segunda proposta de equacionamento que é dada pelo segundo movimento processual aludido outrora: a constitucionalização do processo.

³⁰¹ E completa: “E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela "viscosidade" da decantada "instrumentalidade", transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: "Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada". Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores”.

“Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava - o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica "instrumentalidade", a que se casaram outras palavras mágicas - "celeridade," "efetividade," "deformalização" etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: *RePro*: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 55-67. Obj. de citação pp. 66-67. _____ In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em 25 de abril de 2008.

6.2 A constitucionalização do processo: uma virada discursiva rumo ao equilíbrio (razão comunicativa)

Inicialmente vale ressaltar que o estudo de qualquer ramo jurídico sempre revela sua correlação com as demais partes do ordenamento. Por outras palavras é preciso se ter em mente a necessidade de unidade e coerência para se manter intacta a idéia de sistema que se almeja empregar para cada ordenamento jurídico soberano.

Nesse quadro, não obstante a importância dos ramos, não se pode perder de vista que a sustentabilidade destes depende da solidez e tenacidade do tronco. E o tronco nos sistemas contemporâneos é o direito constitucional³⁰², centro da unidade do sistema, mormente no que se refere ao direito processual depende da função jurisdicional do Estado a qual é profundamente regulada pela Constituição³⁰³. Como bem observa Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, sob certo aspecto, não há direito processual que não deva ser constitucional, uma vez que, como a Constituição é o fundamento de validade positivada do ordenamento jurídico, torna-se inescusável o que chamou de um “[...] modelo constitucional do processo, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado sob pena de inconstitucionalidade”³⁰⁴. Vale destacar, ainda, que a centralidade da Constituição possui tanto uma conotação formal quanto substancial, já que se de um lado regula a produção das normas, por outro se revela fonte de orientação e matriz axiológico-teleológica do ordenamento. Representa uma unidade argumentativa, que articulando com base em

³⁰² “Il diritto costituzionale rappresenta il centro di questa unità il tronco comune da cui i vari rami si dipartano e da cui traggono la loro linfa vitale”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol 7, 1952. Obj. de citação p. 328.

³⁰³ Para Hans Kelsen a Constituição “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Vol. 2. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962. Obj. de citação p. 4. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco advertem também que: “O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar os órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa) e a garantia do devido processo legal (due process f law)”. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 53.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. Obj. de ref. p. 212.

adequação e razoabilidade regras, princípios, direitos fundamentais e justiça demonstra-se um retorno aos juízos de equidade³⁰⁵.

Portanto a investigação sobre a constitucionalização do processo toma como base a premissa que enquanto parte de um sistema; enquanto vinculado aos demais ramos do direito e com eles visando escopos comuns na base de um vizez constitucional o direito processual depende da matriz constitucional em que se insere pelo que se deve compreender a legislação processual como simplesmente “as leis que regulamentam a garantia constitucional de justiça contida na Constituição”³⁰⁶.

Afastando a miopia tecnicista é preciso, desse modo, enxergar o processo com os óculos da Constituição buscando uma real coordenação entre duas premissas essenciais: a necessidade de correção formal e a de justiça substancial³⁰⁷. Deve ser afastada a compreensão privatista de processo a favor da efetividade e do cumprimento dos escopos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

É preciso compreender o direito e o processo como decorrentes da cultura, conectados à vida, trazendo aos mesmos os valores do Estado Democrático de Direito, quais sejam, convivência social, liberdade, justiça e solidariedade, participação nas decisões, pluralismo, no sentido de pluralidade de idéias, culturas e etnias, tudo sob o pano da dignidade da pessoa humana³⁰⁸. Ou como ressaltou Mauro Cappelletti valer-se dos direitos fundamentais como programa de reformas e método de pensamento³⁰⁹; e, acrescentando-se, fazer do próprio processo um direito fundamental³¹⁰ de participação e formação da decisão cooperativa e democrática tomada pelo Estado-Juiz.

³⁰⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 4.

³⁰⁶ COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Vol. 1. 3ª ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1998. Obj. de ref. 17-67.

³⁰⁷ “Quella della correttezza formale e quella della giustizia sostanziale”. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. Obj. de citação p. 678.

³⁰⁸ Em brilhante síntese Luiz Guilherme Marinoni leciona: “o Estado Democrático de Direito tem em seu conteúdo princípios de justiça social e do pluralismo, devendo realizar-se através da democracia participativa”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Obj. de citação p. 23.

³⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Helen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

³¹⁰ “Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais; portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. Obj. de citação p. 267.

Nesse quadro, vale advertir, contudo, que no Brasil o trato constitucional do processo revela-se tarefa ainda mais conturbada, embora inafastável, isto porque, conforme percebeu Cândido Rangel Dinamarco³¹¹ e bem destacou Hermes Zaneti Júnior³¹², a tradição processual brasileira é híbrida, já que se encontra imersa em verdadeiro “paradoxo metodológico”, entendido como a contraposição lógica de tradições³¹³ jurídicas que no Brasil revela-se na adoção do modelo constitucional do *common law* norte-americano, que norteou o estabelecimento da ordem político-constitucional republicana³¹⁴, e a tomada do modelo *civil law*, romano-germânico, predominante da Europa continental, o qual inspirou o direito privado e, ainda, o público infraconstitucional processual, administrativo e penal³¹⁵.

Assim, de um lado se tem um processo constitucional guiado pelo ideal de justiça e de prevalência da ação sobre o direito (*the remedies precede rights*)³¹⁶, fundado no *common law*; de outro, um processo infraconstitucional direcionado à efetivação dos direitos individuais e centrado no direito privado, fundado no *civil law*.

Ademais no *common law* os juízos mostram-se prevalentemente argumentativos construindo-se o direito pela jurisprudência (*judge-made law*); já no *civil law*, direito romano-germânico, os juízos manifestam-se acentuadamente demonstrativos, sendo que o estabelecimento do direito fica a cargo do legislador (*code-based legal systems*)³¹⁷.

In: *RePro*: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 29, nº. 113, janeiro-fevereiro de 2004, pp. 09-21. Obj. de citação p. 17.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Obj. de ref. p. 176. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de ref. p. 58-59.

³¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 17.

³¹³ Tradição é entendida neste ponto como uma comunhão de institutos e práticas jurídicas que permitem identificar sistemas jurídicos diversos. Vejam-se, ainda, os ensinamentos de Merryman: “A tradição legal forma parte da cultura, uma parte muito antiga, profundamente arraigada, firmemente sustentada. As relações existentes entre as idéias legais básicas e as atitudes sociais, econômicas e políticas, igualmente profundas, são muito estreitas e complexas. O direito obtém sentido do resto da cultura, a que por sua vez lhe dá sentido, e é inseparável desta”. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canonica*. Tradução Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. Obj. de citação p. 17. Para um estudo sobre a noção de sistema jurídico conferir: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1996.

³¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importância de modelos jurídicos. In: *Temas de direito processual civil*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. Obj. de ref. pp. 255-266.

³¹⁵ Cf.: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: *Ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 403-420. Obj. de ref. p. 409.

³¹⁶ Esta fórmula clássica, de Maitland, traduz muito bem a experiência pragmática norte-americana. MAJO, Adolfo Di. *La tutela civile dei diritti*. Obj. de ref. p. 71.

³¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 51.

Portanto, conforme os estudos do Alessandro Giuliani, as lógicas jurídicas em ambas as tradições são radicalmente diferentes, contrapõe-se, respectivamente, argumento e demonstração, lógica discursiva (dialética) e lógica apodítica (matemática)³¹⁸.

Nesse quadro já é possível delimitar-se porque se defende no presente estudo que a constitucionalização do processo representa uma virada discursiva.

Ora, conforme visto, a constitucionalização representa uma valorização principiológica do processo e tendo o sistema brasileiro uma base principiológica do *common law*, o qual, conforme se afirmou constrói o direito predominantemente no interior da jurisprudência, através de argumento e com a prevalência de uma lógica discursiva (dialética); uma virada constitucional processual é também um virada discursiva do processo que passa a adotar em sua construção e desenvolvimento as premissas da teoria do discurso.

Portanto a constitucionalização do processo revela-se uma virada discursiva porque representa uma valorização dos Princípios do Acesso à Justiça, do Devido Processo Legal e da Igualdade dos litigantes o que garante o estabelecimento de uma comunicatividade que se aproxima de parâmetros ideais (discurso), adotando as premissas fundamentais da teoria do discurso. De outro lado a constitucionalização é a revalorização da ponderação, da razoabilidade de um contraditório substancial que são expressões de discursividade além de prescrever ao processo a adoção do Princípio da Máxima Cooperação, o que, guardadas as devidas proporções, representa impor à prática forense as premissas de uma interação voltada ao entendimento mútuo com a conseqüente aceitabilidade por todos os envolvidos da decisão obtida legitimamente pelo processo.

Mas cabe destacar pontualmente, ao menos em linhas gerais, os aspectos fundamentais que a constitucionalização do processo envolve para se evidenciar a assertiva ora levantada. Assim, seguindo as lições de Hermes Zaneti Júnior, vale destacar os temas que possuem estrita relação com uma visão constitucional de processo, quais sejam:

a necessária aproximação entre direito processual e direito material, dentro da moldura constitucional; a judicial review; a criação da norma pela jurisprudência (*judge-made law*); a superação dos paradigmas de processo civil “moderno”, de um processo técnico, individual e privado para um processo compreendido como

³¹⁸ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

fenômeno de poder, social e coletivo; a conseqüente valorização das tutelas diferenciadas; a necessidade de abertura para a adequação do processo em seu curso; a efetividade como corolário do acesso à justiça; e o devido processo legal substancial como forma de controle do “correto” exercício do “poder” de julgar (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais)³¹⁹.

Feitas tais considerações, nos pontos que se seguem, buscar-se-á elucidar algumas questões fundamentais da ótica processual-constitucionalista em um modelo de Estado Democrático de Direito, mas sempre com os olhos pautados pela teoria do discurso, como tem sido o desenvolvimento de todo o presente estudo.

6.2.1 Os três modelos de juiz

Os modelos de juiz a partir dos quais se desenvolverão as considerações que se seguem foram identificados e caracterizados pelo estudioso belga François Ost em um artigo intitulado “*Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*”³²⁰. Partindo-se, pois, das considerações do referido autor buscar-se-á realizar uma associação entre cada um dos mencionados modelos e os modelos de Estado de Direito que inspiraram as Constituições dos Estados ocidentais do século XVIII até o século XX: os modelos liberal, social e democrático.

Assim, uma vez realizada a análise dos ensinamentos de Ost sob a perspectiva dos paradigmas decorrentes de cada um dos modelos de organização estatal citados, buscar-se-á identificar as vantagens de um juiz do Estado Democrático para os fins e escopos almejados pela processualística contemporânea, notadamente sob a perspectiva de um processo participativo e cooperativo, sob a moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa.

Destaque-se, primeiramente então, que a associação entre os modelos de juiz e os modelos de Estado sob a égide dos quais aqueles exercem suas funções jurisdicionais não é destituída de sentido e importância. O que se quer fazer compreender com tal associação é a relação interna existente entre os fundamentos de um Estado e o modo pelo qual é prestada a jurisdição no mesmo. A intenção é demonstrar que os mecanismos de atuação das partes envolvidas na

³¹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 6.

³²⁰ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

relação processual, assim como suas prerrogativas, direitos e deveres, decorrem do sistema institucional do Estado no qual se inserem. Por outras palavras, a atividade jurisdicional nada mais é do que um reflexo do modelo de Estado sob o qual esta é exercida. Em sociedades primitivas a jurisdição era a força; em Estados despóticos a jurisdição confundia-se com o próprio Rei; em Estados liberais a mesma é ditada pela lei do mercado; em Estados sociais a jurisdição corresponde ao paternalismo prestacionista; e em Estados democráticos a jurisdição deve ser legitimada por um discurso processual intersubjetivo.

Nesse quadro, o primeiro modelo de juiz a ser tratado corresponde na lição de Ost ao juiz Júpiter, o qual se vincula ao paradigma do Estado Liberal.

O Estado Liberal³²¹ clássico, frente a sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi assinalado por um rígido sistema de limitação de seus poderes a fim de se criar uma esfera de proteção jurídica privada³²². Nesse Estado a lei não levava em consideração diferenças na condição social dos indivíduos, pois sua intenção era dar tratamento igual às pessoas somente em sentido formal, devendo ser, portanto, concomitantemente “clarividente e cega”³²³. Este modelo é fruto do pensamento positivista³²⁴, de um direito codificado cujo pilar central é a “norma fundamental”. Nas palavras de Ost, a codificação representaria coerência,

³²¹ Luiz Guilherme Marinoni destaca que: “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e *do Ancien Régime*. A Administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. [...] Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: _____ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 14.

³²² Ver TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de ref. p. 278 e seguintes.

³²³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.

³²⁴ “O positivismo jurídico [...] partindo da idéia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e a busca da vontade do legislador. O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. [...] O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: _____ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 17.

completude, clareza, não redundância, simplicidade e manejabilidade pondo as coisas simples claras e comunicáveis³²⁵.

Outra nota caracterizadora do Estado Liberal é que o mesmo representa a passagem de um modelo transcendental de direito de bases metafísicas para um direito racional de base lógico-dedutiva. Sendo, pois, um sistema legislado fechado e autônomo³²⁶ distinguindo-se pelo monismo jurídico (possui uma base soberana: a lei); monismo político (o poder é centralizado nas mãos de um soberano); racionalidade dedutiva (já que de formato piramidal a partir da norma fundamental); e futuro controlado (crença legislativa de uma evolução histórica). Nesse modelo o direito se resumiria a “lei” vista em um sistema piramidal. Desta pirâmide irradiaria toda a justiça³²⁷.

Por óbvio, esta formatação de estado teve repercussão sobre a atividade jurisdicional, porque de nada adiantaria conformar a atividade legislativa e permitir que o juiz interprete livremente a lei em face da realidade social. Afirmava Montesquieu sobre este sistema, então, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”³²⁸, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”³²⁹. O método de aplicação do direito nesse modelo de Estado, portanto, é o dedutivo através de um “silogismo subsuntivo”. O dever do juiz de justificar a decisão é meramente interno, ou seja, a decisão deve ser coerente com o sistema de direito³³⁰, que aqui é considerado apenas como a lei. Por outras palavras, a legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra³³¹. A base do direito é a abstração e a generalidade da lei. Assim, também, o acesso à justiça, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth, era apenas formal, mas não efetivo, correspondendo a uma igualdade apenas formal³³².

³²⁵ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 174-175.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 250.

³²⁷ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 170, 174 e 175.

³²⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 158.

³²⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160. Disse ainda Montesquieu: “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. (Objeto de citação p. 157)

³³⁰ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

³³¹ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 178.

³³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de ref. p. 9.

Tais considerações espelham, exatamente, a ideologia do Estado Liberal que liga liberdade política à certeza do direito³³³. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “a segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei”³³⁴. A busca do positivismo é pela segurança jurídica, mas não se pode perder de vista que o excesso de positivismo gera o autoritarismo.

Foi por percorrer este desencadear de idéias que Montesquieu definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei), concluindo, no seu célebre “Do espírito das Leis”, que os juizes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”³³⁵.

Assim, pode-se concluir que o juiz do Estado Liberal possui como dever fundamental a imparcialidade em sentido formal. Ele deve, além disso, policiar o processo evitando desvios do modelo abstrato previsto na lei. Nas palavras de Ost, Júpiter é “o homem da lei”³³⁶. Nesse Estado o juiz adota uma posição passiva diante do caso, ele não atua na busca da verdade somente fiscaliza a relação processual. É um juiz “mínimo” tal qual o Estado Liberal, um mero *longa manus* da lei.

Frente a esta conformação jurisdicional as prerrogativas, direitos e deveres dos demais envolvidos na relação processual também eram mínimos. Não se cogita neste sistema em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade. Exige-se tão somente o cumprimento do procedimento previamente previsto em lei, permitindo-se, desse modo, uma atuação puramente estratégica das partes no processo. Uma vez driblada a formalidade do procedimento o participante da relação processual via-se livre de qualquer amarra, não existiam mecanismos de equilíbrio da relação processual. O modelo do Estado Liberal é, pois, subordinado a uma racionalidade instrumental, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei.

³³³ Cf. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de citação p. 280.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

³³⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.

³³⁶ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 177.

Não obstante o predomínio do Estado Liberal desde o fim do Estado Soberano, no início do séc. XX com a revolução comunista russa, iniciada em Moscou em 1917, surge uma grave ameaça à existência da ordem liberal capitalista da Europa. Foi, pois, diante da ameaça do fantasma comunista e frente aos diversos movimentos sociais no âmbito interno que os Estados europeus perceberam a necessidade da realização de concessões de caráter assistencial aos seus cidadãos para afastar a possibilidade de uma revolução.

Assim, o Estado Social não tem por finalidade apenas garantir uma esfera de proteção ao indivíduo frente a sua atuação, ele deve garantir mais, deve assegurar não só as liberdades clássicas, mas também os efetivos mecanismos para o seu desfrute e exercício. A atividade estatal deixa de ser omissiva para ser comissiva. O papel preponderante do Estado Social é o fazer. Deve ser garantido ao indivíduo além de sua vida, de sua propriedade e de sua liberdade, direitos como saúde, educação, lazer, trabalho, moradia, seguridade social etc. Se no Estado Liberal a ótica era a de uma igualdade formal, neste modelo a busca é por uma igualdade substancial ou real.

A base jurídica deste Estado, portanto, não pode ser a rígida e cega base do positivismo clássico. A realização de fins sociais exige um direito mais flexível, adaptável às diferentes realidades fáticas, atento as particularidades do caso concreto.

O agigantamento estatal, a atuação sobre a economia, a adoção de uma Constituição que é um verdadeiro projeto social, exigem um sistema jurídico dinâmico, um sistema aberto de regras, princípios e valores. Neste modelo, ao contrário de um monismo normativo e político, têm-se um pluralismo de fontes diretas do direito e um pluralismo de poderes competentes para emaná-lo.

Diante dessas enormes diferenças entre o presente modelo e o Estado Liberal, não é difícil compreender a guinada de cento e oitenta graus que a atividade jurisdicional e a atuação do juiz sofreram no Estado Social.

Assim, o modelo jurisdicional aqui é fruto do pensamento realista e da jurisprudência sociológica norte-americana (invenção). O direito tem por base a jurisprudência³³⁷, a decisão

³³⁷ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 170.

do caso concreto. É um direito materializado³³⁸. A figura que representa este modelo é a de um funil (pirâmide invertida). Não se utiliza mais a dedução do direito a partir de uma “norma fundamental”. Igualmente não é possível nesse sistema aberto utilizar-se de um simples “silogismo subsuntivo” na aplicação do direito. O juiz passa a ter o dever de confrontação de valores, faz-se necessário recorrer a outros recursos como a ponderação de princípios e a adoção de critérios de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões. O raciocínio neste paradigma também é o inverso daquele do modelo do Estado Liberal, ou seja, a determinação do direito tem origem em uma indução. O direito é construído não a partir de uma norma geral e abstrata, mas das várias decisões judiciais dos casos concretos. As bases do direito são a singularidade e a concreção de cada caso. É por isso que Dworkin propõe uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos³³⁹ na busca pela decisão correta de cada caso. O direito passa a ser visto como instrumento de realização de objetivos políticos³⁴⁰. Este modelo liga-se a idéia de efetividade, é desformalizado.

O Juiz Hércules, portanto, é um engenheiro social³⁴¹. Sua posição torna-se mais ativa, embora ainda acima e equidistante das partes. Nesse modelo o juiz é quem diz o direito; é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social.

No entanto, não obstante todo este agigantamento da figura do juiz, não foram estruturalmente alterados os deveres e prerrogativas dos demais participantes da relação processual sob a égide do Estado Social. É sabido que dentre as causas da crise e posterior falência deste Estado estão a corrupção, a aplicação do sistema administrativo do Estado Liberal e a falta de participação, controle e parceria por parte dos cidadãos. Esta constatação não é diferente em relação ao modelo judicial. O princípio monológico³⁴² que rege a atuação do juiz reduz os direitos e deveres dos demais atores processuais. É ao juiz que cabe toda a construção da decisão. Tal qual no Estado Liberal não se cogitava em deveres de lealdade, de cooperação ou no direito de participação no desenvolvimento da marcha processual.

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 242.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 260.

³⁴⁰ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

³⁴¹ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 177.

³⁴² Sobre a crítica ao princípio monológico ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 276-280.

Além disso, se o modelo liberal peca pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social vincula demasiadamente a elaboração do direito à figura de um juiz solipsista, impossibilitando a presença da segurança jurídica, fazendo com que o direito perca sua principal função que é a de estabilização social na medida em que cristaliza as expectativas de comportamento³⁴³. Se o excesso de positivismo, como já se disse, leva ao autoritarismo o excesso de realismo gera a arbitrariedade.

Portanto, diante da tarefa hercúlea assumida pelo Estado Social, sua atuação demonstrou-se fadada ao fracasso. Constatou-se que sem uma participação social efetiva, sem a existência de uma parceria com a esfera privada ocorre a falência da esfera pública.

Esta mesma crítica é feita ao modelo de jurisdição decorrente dessa sistemática. Verifica-se a impossibilidade fática do juiz promover uma reconstrução racional do sistema de direitos. Questiona-se a “solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”³⁴⁴ por Hércules.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito, pois, é pela busca de uma efetiva participação dos consociados jurídicos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para a jurisdição a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual. Nesse sentido fala-se no dever de cooperação entre as partes. O juiz aqui adota um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”³⁴⁵. Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante³⁴⁶.

Em relação a uma mudança de mentalidade entre os juízes italianos que vai ao encontro de um modelo do Estado Democrático, Calamandrei já se manifestou nos seguintes termos:

Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: colocando entre si e os

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 72, 242, 246 250.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 277.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 283.

³⁴⁶ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que ‘por sorte’ são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembléia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia³⁴⁷.

De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica, para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera. Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão.

Cabe destacar, ainda, que no modelo democrático, tal qual no modelo de Estado Social, o direito é visto como sistema aberto: “as criações normativas emanam de outras fontes como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc.”³⁴⁸.

O direito pós-moderno de Hermes “é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados”. O presente modelo é uma dialética entre transcendência e imanência³⁴⁹. A proposta é de uma “teoria do direito como circulação de sentido”, “um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico”³⁵⁰.

Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A idéia é a de que o direito, como signo lingüístico

³⁴⁷ CALAMANDREI. Apud: VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. Obj. de citação p. 514.

³⁴⁸ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes*: Tres modelos de Juez. Obj. de citação nota de rodapé 3.

³⁴⁹ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes*: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 172.

³⁵⁰ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes*: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 181-182.

que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado, permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).

Portanto, o direito em um Estado Democrático é líquido e denso ao mesmo tempo. Convém mencionar que o correspondente latino de Hermes (grego) é o mercúrio, um metal de alta densidade que, não obstante, encontra-se no estado líquido. Esta liquidez jurídica se dá por meio da equidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais. “Somente a lei mesma de circulação do discurso jurídico pode aclarar sua gênese e seu desenvolvimento. [...] Antes de ser regra de instrução, o direito é razão (logos), discurso, significado em suspenso”³⁵¹.

Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso³⁵². Vejam-se as palavras de Ost:

Seja qual for o conteúdo material das soluções que se impõe, o direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório. [...] A primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições da discussão sem coação. Esse respeito às formas, aos prazos, aos procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao direito³⁵³.

A mediação procedimental, no entanto, não constitui toda a legitimidade do direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais³⁵⁴. O que constitui, precisamente, a idéia de um formalismo valorativo que deve abranger ao menos quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade equacionando o problema fundamental que se enunciou outrora.

³⁵¹ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de citação p. 187.

³⁵² LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

³⁵³ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de citação p. 190.

³⁵⁴ OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 191. Luiz Guilherme Marinoni, a seu turno, afirma que “[...] os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a (i) interpretação de acordo, para a (ii) eliminação da lei inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade da lei), para a (iii) adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto), para a (iv) geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional) e para a (v) proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento)”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: _____ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 51.

O núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa), a participação. Hermes deve mediar a relação entre as partes, deve buscar a todo o momento a conciliação, deve garantir a interação, a cooperação, a lealdade e a boa-fé de todos os participantes do processo. Possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se um meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual. Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto³⁵⁵.

E, nesse sentido, uma das mensagens finais de Ost³⁵⁶ é a de que diante da complexidade dos casos sociais, do desenvolvimento científico e da globalização é necessário um resgate da velha regra de “prudência” da qual certo direito extrai seu nome. E a institucionalização da prudência é exatamente o procedimento. O processo não pode ser organizado arbitrariamente pelo legislador, nem arbitrariamente conduzido pelo juiz, ele depende do direito material, da Constituição e dos valores.

Ademais, como ressaltou Ascensão José de Oliveira: “O direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na ação. E também a ação jurídica, como toda ação, deve ser comandada pela prudência – a *prudência* romana ou a *phronesis* dos gregos. [...] O direito aparece-nos assim à partida como uma dialética da *ordem* e da *prudência*”³⁵⁷.

A seguir, ver-se-ão alguns dos desdobramentos de um modelo de jurisdição de um Estado Democrático, quais sejam: o formalismo valorativo, a dimensão tópico-problemática, a visão

³⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni, tratando das repercussões da transformação do direito sobre a figura do juiz, ensina: “O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 54.

³⁵⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. Obj. de ref. p. 193.

³⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Obj. de citação pp. 4-5.

cooperativa de processo e uma aproximação entre direito material e processual na moldura constitucional.

6.2.2 O formalismo valorativo

Falar em formalismo não é se referir à forma do ato processual isoladamente pensado, mas antes é cuidar da forma em sentido amplo. Esta, por sua vez, compreende as faculdades, direitos e deveres das partes, a delimitação dos poderes do julgador, além da ordenação do procedimento e coordenação dos atos das partes³⁵⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira adverte, ainda, que o formalismo engloba também uma função disciplinadora dos poderes do juiz, evitando que uma arbitrária adaptação do processo aos casos concretos cause desequilíbrio entre o poder do juiz e as prerrogativas das partes.

Vejam suas palavras:

Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes³⁵⁹.

Deve-se lembrar, portanto, que o formalismo encontra-se intimamente relacionado à efetividade e também à segurança jurídica, sendo elemento essencial para que o processo cumpra todos os escopos que almeja. Note-se que a ordem, a disciplina e o procedimento garantem não só a legitimidade das decisões (discursividade), conforme já afirmado, mas

³⁵⁸ “O formalismo, ou a forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a se formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 351-352.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 352.

celeridade na prestação jurisdicional (eficácia). Organização e previsibilidade são essenciais ao processo, das quais depende, inclusive, o exercício do contraditório e da ampla defesa³⁶⁰.

José Roberto dos Santos Bedaque ensina, ainda, que: “Forma e técnica não são, em si mesmas, um mal. Ao contrário, a existência de um modelo legal é fator de garantia para as partes, que têm assegurada a participação efetiva no contraditório. Além disso, contribui decisivamente para o normal e ordenado desenvolvimento do processo”³⁶¹.

Na mesma linha, Giuseppe Chiovenda adverte que:

Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e freqüentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias ao processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza³⁶².

Em outra medida a essência do formalismo, ou seja, disciplina, ordenação e organização são, assim como o processo, polarizadas por um fim, donde se conclui que o formalismo é um importante instrumento que pode ser bem ou mal utilizado³⁶³.

É, pois, a má utilização do formalismo que proporcionou o desgaste do termo, sendo que tal utilização, a seu turno, deve-se em grande parte ao excesso de autonomia adquirida pelo

³⁶⁰ “[...] verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 353.

³⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 52.

³⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 3. 3ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. Obj. de citação p. 6.

³⁶³ “De notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma determinada finalidade. O formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 353. Cf.: “A técnica processual deve ser observada não como um fim em si mesmo, mas para possibilitar que os objetivos, em função dos quais ela se justifica, sejam alcançados”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 18.

processo, quando o próprio processo, superando uma fase de imanentismo ou sincretismo, passou a ser um fim em si mesmo³⁶⁴.

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial³⁶⁵.

Desse modo, compreendendo o formalismo como uma característica inerente e essencial ao processo, que, contudo, pode ser desvirtuada, é preciso instituir-lhe uma polarização adequada aos fins do processo para colocar a forma a serviço dos direitos fundamentais.

Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da instrumentalidade das formas, bem adverte que não se pode engessar o processo com formas inflexíveis, afirmando que a necessária segurança deve coexistir com a liberdade das partes, pelo que deve haver equilíbrio entre legalidade e liberdade formal. Vejam suas palavras:

Definir suficientemente o procedimento como um todo e os atos que o compõem em particular não significa enrijecer o sistema com disposições formais inflexíveis ou exageradamente precisas. A necessidade de oferecer segurança deve conviver com o princípio da liberdade das partes e racionalidade no exercício do poder, donde resulta que os sistemas processuais modernos buscam o desejável equilíbrio entre a legalidade e a liberdade formal. O resultado é a regra da instrumentalidade das formas, presente nos sistemas processuais da atualidade (infra, nn. 89 e 714)³⁶⁶.

Nesse sentido também são as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização

³⁶⁴ Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “Fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de maturidade mais do que satisfatório no direito processual. [...] e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 20, 22-23.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 361.

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 30 (n 389).

de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*)”³⁶⁷.

Também Galeno Lacerda para quem o interesse público de maior relevância no processo é o de que ele sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na realidade, sua única e fundamental razão de ser³⁶⁸.

Destaque-se, outrossim, a lealdade e a boa fé de todos os envolvidos no processo como valores indispensáveis a uma correta polarização do formalismo, aos quais se deve unir, também, uma constante atitude de cooperação do Judiciário com as partes e destas com aquele³⁶⁹.

Não por acaso a Lei nº. 10.358, de 27 de dezembro de 2001 alterou a redação do art. 14 do Código de Processo Civil preconizando os deveres nele esculpidos como sendo, além das partes, “de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”³⁷⁰.

Assim também, são importantes nortes para o formalismo a segurança jurídica de um lado e, de outro, a efetividade, características processuais já tratadas no capítulo anterior.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira adverte que “É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado”³⁷¹.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 356.

³⁶⁸ LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. In: *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano X, nº. 28, 1983, pp. 7-14. Obj. de ref. p. 10.

³⁶⁹ “Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 368.

³⁷⁰ Art. 14 da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

³⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 358. Nesse sentido o Ministro Sálvio de Figueiredo afirmou: “A concepção moderna de processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la”. (STJ-4ª Turma, REsp 15.713-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, deram

Já para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve obedecer às formalidades do processo, garantia do Estado de direito”³⁷².

Vale destacar igualmente, na linha de análise do presente trabalho, que um combate a uma razão puramente instrumental, com um incentivo à comunicabilidade é elemento essencial para uma equilibrada utilização das formas processuais.

A superação de um modelo liberal-formalista de processo, ou mesmo de um modelo social-solipsista tem de passar, necessariamente, pela teoria do discurso como mecanismo procedimental na criação de uma jurisdição que poderia se chamar de deliberativa, fundada em um efetivo acesso à justiça, no contraditório como “valor forte”³⁷³ e, ainda, na boa-fé, lealdade e cooperação de todos os envolvidos no processo.

Justificando a idéia de formalismo valorativo, que nada mais é do que a forma polarizada por valores, ou a serviços dos escopos constitucionais do processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atesta que: “Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo”³⁷⁴.

Vê-se, pois, que é a razão comunicativa o fundamento primordial da jurisdição, pois permite uma concretização legítima do direito em um processo de argumentação³⁷⁵ e formação da

provimento, v.u., DJU 24.2.92, p. 1876). In: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. atu. até fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005. Obj. de citação p. 330.

³⁷² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 425.

³⁷³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. pp. 62-63.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 359.

³⁷⁵ “Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. [...] Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie

decisão pelos envolvidos, aos quais devem ser garantidas, para tanto, ao menos as prerrogativas de participação e igualdade³⁷⁶.

A instrumentalidade do processo deve ser dosada e medida por uma aplicação constitucional, procedimental e centrada nos direitos fundamentais, obedecendo à lógica do discurso, afastando-se a coerção e buscando-se, leal e cooperativamente (atitude voltada para o entendimento), a prevalência do melhor argumento. Até porque, como esclarece José Roberto dos Santos Bedaque: “A regulamentação do processo depende basicamente de concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito material. Daí ser insuficiente o formalismo dogmático, que deve ser complementado pela idéia de valor”³⁷⁷.

Vale lembrar, igualmente, na linha de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que “[...] o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”³⁷⁸.

Portanto, o formalismo não deve ser afastado, mas antes polarizado para cumprir as finalidades essenciais do processo. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira impõe-se afastar o formalismo oco e vazio³⁷⁹. Ademais, o formalismo não pode ferir os princípios essenciais do processo como são a segurança jurídica, a efetividade, a imparcialidade, o contraditório, o devido processo legal e, ainda, a boa-fé e a lealdade processuais. “O mal

(Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 360.

³⁷⁶ “É preciso atentar a que a relação processual deve desenvolver-se em consonância com a exigência constitucional da isonomia efetiva”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 47.

³⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 21. Mas a frente afirma: “É preciso conciliar a técnica processual com seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada”. Obj. de citação p. 52.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 355.

³⁷⁹ “De tudo o que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 366.

reside, portanto, no formalismo excessivo”³⁸⁰, na medida em que: “A forma serve como garantia, e não amarra da justiça”³⁸¹. Por outras palavras, conforme Marcelo Abelha Rodrigues: “A finalidade do processo é instrumental, ou seja, fazer valer um interesse primário aviltado. Exatamente por isso o processo não pode se constituir, ele mesmo, num óbice a este desiderato, a ponto de confundir-se formalismo com formalidade”³⁸².

Por fim, como mecanismo de instituição de tal formalismo valorativo, pode-se apontar a equidade como instrumento procedimental, aliada a instituição de pressupostos comunicativos, respeito aos direitos fundamentais e a cooperação entre as partes, em uma atitude processual voltada para a resolução justa do conflito. Nesse sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que:

[...] o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo³⁸³.

Feitas tais considerações, passa-se a investigação da dimensão tópico-problemática, como indicativo de volta ao juízo, prevalência da equidade e preocupação em se obter uma solução justa para cada caso submetido ao crivo judicial.

6.2.3 A dimensão tópico-problemática

Conforme visto, tem-se passado por um movimento de superação do chamado paradigma legalista, da lei como única fonte primária do direito, a qual deveria ser aplicada por um método subsuntivo e demonstrativo, apresentando-se, ademais, como forma justa para

³⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 52.

³⁸¹ Afirmação de Hermes Zaneti Júnior ao sintetizar a mensagem que decorre do “formalismo valorativo”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 49.

³⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Obj. de citação p. 74.

³⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 367.

solucionar abstratamente todas as demandas surgidas. Assim, nesse movimento de superação e passagem de paradigma, surgem técnicas legislativas abertas, a exemplo das “cláusulas gerais”, de outro lado, a constitucionalização do direito, com a principialização da Constituição, que passa ser elemento unificador do ordenamento, sendo encarada normativamente³⁸⁴, representa também uma passagem de uma racionalidade puramente instrumental (lógica matemática – atribuição de uma ótica mecânica ao processo que era visto como seqüência ordenada de atos), para uma racionalidade comunicativa (lógica discursiva e hermenêutica)³⁸⁵.

Na mesma linha, ateste-se que foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que se iniciou uma passagem de uma democracia centralista, de predomínio dos Poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, baseada na abertura participativa, que por certo influenciou uma transformação do discurso jurídico e judicial no Brasil. Ultrapassa-se um modelo codificado de regras aplicadas por um raciocínio apodítico e demonstrativo, para se ingressar em um modelo discursivo democrático (racionalidade comunicativa), que tem de equacionar todos os envolvidos no processo de forma cooperativa (voltados ao entendimento mútuo), sob uma perspectiva problemática argumentativa, a qual é fundada na participação do autor, juiz e réu (volta ao juízo) para obtenção da “melhor solução jurídica”. Por outras palavras, cuida-se da “garantia substancial do contraditório”³⁸⁶.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a normatização dos princípios e a existência, cada vez mais acentuada, das “cláusulas gerais”, fez com que a jurisprudência se tornar-se, ao lado da lei, fonte primária do direito, o que ficou sobremaneira evidenciado após o advento das chamadas súmulas vinculantes por meio da Emenda Constitucional nº. 45³⁸⁷, de 08 de dezembro de 2004, que, como afirma Hermes Zaneti Júnior, representa uma recepção

³⁸⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

³⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. p. 54-55. Dierle José Coelho Nunes, denunciando o desmerecimento do contraditório e da lógica argumentativa pela modernidade, afirma: “No século XVIII percebe-se que não há mais uma atribuição de importância para a lógica argumentativa, mas, sim com uma *racionalidade subjetiva*, que passou a atribuir ao processo uma ótica mecânica de seqüência ordenada de atos”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 151-173. Obj. de citação p. 155.

³⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 56.

³⁸⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

constitucional tardia da jurisprudência dos precedentes (*stare decisis* mitigado no direito brasileiro)³⁸⁸.

Nessa sede Teori Albino Zavascki também aponta para a insuficiência da criação da regra pela via legislativa, que só abrangeria conflitos previsíveis, e assim prega que:

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflitos. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção de regra pela via judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi à base de mera intuição) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução de conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles³⁸⁹.

Portanto, um processo civil adequado ao Estado Democrático, em um quadro de codificação pós-positivista (princípios como normas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, juízos de equidade, necessária densificação de sentido etc.) só pode se dar com uma recuperação da tópica (retorno ao problema) no discurso judicial, “porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos”³⁹⁰. Contudo, antes de se desenvolver melhor esta assertiva, cabe um singelo esboço histórico do ponto.

Para tanto, vale dizer, inicialmente, que a questão da tópica e do procedimento argumentativo encontra íntima relação com a forma processual existente em um período anterior ao domínio do direito pelo Soberano, momento em que se iniciou também uma separação no campo probatório que iria culminar com a delimitação das duas grandes tradições jurídicas do ocidente: o *common law* (tradição anglo-saxônica) e o *civil law* (tradição romano-germânica),

³⁸⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. pp. 252-261, especialmente p. 257.

³⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 5ª ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007. Obj. de citação p. 64.

³⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 421-440. Obj. de citação p. 421.

as quais também iniciaram um movimento de distanciamento no modo de conceber seus discursos jurídicos e no modo de utilizarem a tópica.

Conforme demonstra Alessandro Giuliani³⁹¹, a partir do séc. XIII, o *common law* (na época, direito inglês) seguiu o método tópico-argumentativo no âmbito probatório-processual, se dedicando, desse modo, à busca de uma verdade provável; ao passo que a tradição romano-germânica iniciou um percurso de “cientifização” da verdade, partindo na busca de uma verdade real, o que se intensificou com o aflorar da Modernidade³⁹². Assim, o *civil law* foi gradativamente perdendo a discursividade em seu modo de ser, ou seja, paulatinamente abandonou uma lógica dialética adotando uma lógica formal, matemática e sistemática o que se agravou com a estatização do direito. Veja-se este movimento de forma mais detalhada:

No período do denominado *iudicium*, época do *ordo iudicarius*³⁹³, foi quando se pôde verificar marcadamente a presença do raciocínio tópico, ou seja, da lógica argumentativa, da verdade provável no discurso jurídico na base do que viria a ser a tradição romano-germânica. Ocorre que, desde o séc. XIII, os canonistas já se referiam ao *processus* buscando estabelecer um modo de sistematizar a discussão judicial. Assim, posteriormente, já nos sécs. XVII e XVIII, ou seja, juntamente com o início da era moderna, intensifica-se a passagem do *iudicium* ao *processus* no modelo romano-germânico, o que representou, na realidade, a passagem de um modelo extra-estatal de justiça, anterior ao domínio do Soberano, para um modelo estatal e publicista. Hermes Zaneti Júnior aponta o referido momento como a

³⁹¹ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. Obj. de ref. pp. 186-189.

³⁹² Quanto à cientifização do direito na Modernidade, Ovídio A. Baptista da Silva atesta: “O Iluminismo pretendeu que o direito fosse construído com o mesmo “material” com que se constroem a geometria e a álgebra”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420. Obj. de citação p. 404.

³⁹³ “Segundo a concepção medieval, citação e defesa constituíam momentos de contrárias informações: justificações e refutações. Não era possível pré-constituir a solução da controvérsia judicial; uma vez que no nosso campo não é possível alcançar uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório se resolvia no *ars apponendi e respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade entre as partes. Dessa forma o contraditório representava o instrumento para a pesquisa dialética da única verdade que podemos atingir: a verdade “provável”. Tratava-se de uma verdade que ninguém pode conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa, com a refutação recíproca das partes, amplia o campo da informação e favorece – às vezes não obstante as intenções das partes – a busca da verdade. O contraditório constituía a estrutura que fornece também base para o *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do juízo se não foi submetida preventivamente a sua análise crítica [...] O juiz, que revestia um caráter profissional e não burocrático, assumia uma posição neutra, mas não passiva, a medida que sua função era aquela de escolher, no contraditório entre as partes, entre duas hipóteses argumentativas (*fecisti – non fecisti*), evitando cada *perversio ordinis*. O *ordo iudicarius*, enquanto garantia da igualdade, bem pode ser definido, portanto, um típico exemplo de ordem isonômica (*ordine isonomico*)” (traduziu-se) PICARDI, Nicola. *Processo civile (Diritto moderno)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987. Obj. de citação pp. 115-116.

passagem da pré-história da ciência processual a sua história, quando o processo passa a ser estudado como disciplina autônoma³⁹⁴.

Tal passagem, contudo, conforme atesta Nicola Picardi³⁹⁵, promoveu profundas transformações processuais, viveu-se uma grande reviravolta no modo de conceber o fenômeno processual, uma mudança na lógica processual: de uma lógica do provável, dialética e argumentativa; para uma lógica do real, apodítica e demonstrativa³⁹⁶. Segundo Alessandro Giuliani a referida mudança na lógica processual teria como fatores determinantes de um lado o abuso da tópica, ou seja, um uso indiscriminado da retórica no mecanismo de formalização da tópica, o que acarretou um descrédito no *iudicium*; de outro o movimento de formação do Estado Moderno, com a conseqüente apropriação do direito pelo Soberano³⁹⁷. Também Nicola Picardi ensina que: “Nesse quadro maturou um evento traumático na história do direito processual continental: a apropriação pelo Príncipe do *ordo iudiciarius*”³⁹⁸.

Desse modo, como ensina Hermes Zaneti Júnior³⁹⁹: “Sinteticamente, o pensamento da época pode ser resumido pela rejeição da *silogística clássica* (aristotélica – silogismo dialético), que parecia ter passado a ser um jogo de vazios verbalismos, difusão da lógica metodológica cartesiana e impositação dos temas e das características típicos da moderna lógica formal”. Tal

³⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. p. 73.

³⁹⁵ PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118.

³⁹⁶ “Como se sabe, Aristóteles distingue a ‘apodítica’, ou ciência demonstrativa e verdadeira, da ‘dialética’, ou argumentação discursiva e provável. Nos *secondi analitici* ele apresenta o problema do silogismo ‘apodítico’ ou científico, ou seja, do silogismo que, não somente coliga corretamente as premissas com a conclusão, mas que parta igualmente de premissas verdadeiras para alcançar conclusões verdadeiras. O critério é constituído da verdade objetiva, as conclusões que daí decorrem não são somente lógicas, mas também verdadeiras e, portanto, este é o único silogismo que tem valor do ponto de vista da ciência. Nos *topici* Aristóteles estuda, ao contrário, os silogismos ‘dialéticos’, isto é, aqueles procedimentos lógicos que têm como ponto de partida e chegada opiniões. A dialética é essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão; a verdade que se consegue alcançar é apenas uma verdade ‘provável’ (que portanto pode ser verdadeira ou falsa). O critério fundamental é constituído, pois, de opinião e de consenso.” PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 107.

³⁹⁷ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. Obj. de ref. p. 189. _____ *L’ordo iudiciarius medioevale*. In: *Revista di diritto Processuale*, ano XLIII, nº 3, apr./jul. 1988, p. 613. Nesse sentido também Nicola Picardi que afirmou: “Entre as múltiplas e complexas causas da crise da justiça estavam indubitavelmente também o abuso da tradição dialética. Pense-se na lógica da relevância que, por meio do mecanismo das questões incidentais, comportava a ramificação do processo. Junte-se o abuso da argumentação, que terminava muitas vezes em transformar a dialética em estéreis jogos de palavras e, portanto, em ‘erística’. Se recorde o problema da falsa testemunha, o mendacium, e dos seus remédios.” PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 113.

³⁹⁸ PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 105.

³⁹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação pp. 77-78 e 226.

lógica que, advirta-se, não contaminou o *common law*, o qual ante a “[...] circunstâncias políticas e históricas (Magna Charta Libertatum na Inglaterra e Constituição da Filadélfia nos EUA) manteve-se fiel a uma outra lógica jurídica, a lógica da probabilidade, do razoável”.

Portanto, o aflorar da racionalidade subjetiva moderna, com a valorização das ciências exatas e de seu raciocínio apodítico (do tipo matemático) afastou a idéia de discussão e participação no processo do *civil law*⁴⁰⁰, adotando-se a sistematização das formas processuais, acusando a retórica de sofisticada, a qual ainda passou a ser vista como mecanismo do falso silogismo, contrapondo-se à razão moderna vista como modo mais eficaz de resolver os problemas judiciais, notadamente no que diz respeito ao tempo de duração dos processos⁴⁰¹.

Ocorre que, superado o paradigma do Estado Liberal, de uma ruptura artificial entre lógica e retórica, denunciada a limitação da razão moderna e, no direito, constada uma superação de um modelo codificado, no qual a lei era a única fonte daquele e o juiz o porta voz desta (juiz a boca da lei), torna-se igualmente impossível a manutenção da matriz processual moderna, impondo-se o retorno ao juízo como um resgate da complexidade no desenvolvimento das demandas processuais, conclamando uma participação efetiva de todos os envolvidos no estabelecimento da decisão judicial⁴⁰², conforme já se tem pregado.

Assim, nos termos dos ensinamentos de Theodor Viehweg, tópica nada mais é do que a técnica do pensamento problemático, o qual é desenvolvido pela retórica e se distingue do pensamento sistemático da modernidade. Portanto o raciocínio tópico demonstra-se para o jurista como “[...] um pensamento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partindo de diretrizes ou de guias que não são princípios lógicos dos quais se

⁴⁰⁰ Nesse mesmo contexto Dierle José Coelho Nunes atesta a decadência do princípio do contraditório: “Esse é realmente o momento no qual começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório eis que se tende a um abandono do diálogo genuíno e a uma supervalorização da razão, *que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer)*, ou mesmo uma prova força”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 151-173. Obj. de citação p. 155.

⁴⁰¹ Nesse ponto Nicola Picardi chama a atenção para o fato de que as chamadas *lites immortales* (lides imortais), fenômeno que se tornou bastante comum no direito da época ante a um abuso da tradição dialética, teriam contribuído sobremaneira para a adoção dessa nova espécie de raciocínio. PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 113.

⁴⁰² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. p. 71.

extraem raciocínios dedutivos como resolução, mas sim simples *loci communes* de valor relativo e circunscrito, revelados pela experiência”⁴⁰³.

Conforme destaca Humberto Theodoro Júnior:

À luz da tópica aristotélica, a prudência deve ser utilizada para superar problemas das ciências humanas, como o Direito, que o dogmatismo sistemático não consegue enfrentar ou enfrenta com soluções insatisfatórias. Pensando sobre *problemas*, a prudência se vale do argumento dialético para, diante do caso concreto, buscar a solução, livre da influência preconcebida do sistema lógico-formal do dogmatismo. Para o jurista liberado das amarras do raciocínio lógico puro, as questões a enfrentar, quando problemáticas, tornam-se *questões abertas*, isto é, questões não previamente resolvidas⁴⁰⁴.

É, pois, a busca por uma teoria da prática forense, a qual, sem negar as influências do sistema de direitos, admite a criação jurisprudencial, ou seja, um raciocínio indutivo, partindo-se do concreto, do problema, do juízo. Para Hermes Zaneti Júnior, adotando a racionalidade prática discursiva, o que se faz também no presente estudo, torna-se possível a superação do paradigma legalista e “a tópica passa a ser um instrumento para a verificação dos problemas e a lei, a dogmática e os precedentes formam os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional”⁴⁰⁵. Assim, o juiz, sem “desprezar a lei”, deve-se “valer, não da lógica formal clássica do raciocínio físico matemático, mas do *logos de lo razonable* [...] que chega a conclusões elaboradas pelas técnicas de argumentação dialética [...]”⁴⁰⁶. E esse é o modo como se espera que a dimensão tópico-problemática se apresente no direito processual brasileiro, sem esquecer, no entanto:

[...] que rigor formal não significa interpretação “estrita” da lei processual. Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização dos

⁴⁰³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964 (Reimpressão 1986). Obj. de citação p. 15.

⁴⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 375-388. Obj. de citação p. 381

⁴⁰⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 88. Conferir também p. 205.

⁴⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 375-388. Obj. de citação p. 380.

conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual⁴⁰⁷.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que ajustes concretos não são desconhecidos nem sequer mal vistos pelos juristas pátrios na solução de problemas jurídicos. Note-se que é grande a aceitação de adaptações da lei, até mesmo adaptações do procedimento. Por todos os defensores dessa posição, vejam as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à idéia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. Aliás, se inexistente qualquer razão maior para determinadas especificidades procedimentais, nada obsta a que seja adotada a idéia de fungibilidade nesta sede”⁴⁰⁸.

Sob esse aspecto é interessante notar que é exatamente pela questão da justiça que o direito não pode dispensar a tópica, já que o direito é problemático precisamente pelo fato de lidar constantemente com a aporia da justiça, ou como destaca Theodor Viehweg: “Todo ordenamento jurídico tem que ser elaborado com a pretensão de ser justo”⁴⁰⁹. Pelo que é por meio da tópica, como método, que se pode atingir a idéia de processo justo (pretensão de correção).

Da mesma forma, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tratando da adaptação do direito aos casos concretos, preconiza a impossibilidade de se considerar o legislador onipotente na previsão das especificidades por eles ofertadas e afirma:

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 366.

⁴⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 63. Cf.: _____ *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de ref. p. 60. Nesse sentido Nicolò Trocker afirma que: “La regolamentazione particolareggiata delle modalità di instaurazione e di svolgimento del processo non attiene necessariamente alla garanzia del giusto processo. Quest’ultima non può dirsi violata perchè ci si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale che consente al giudice di adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze che caso per caso emergono”. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dotta Giuffrèeditore, 2002, pp. 381-410. Obj. de citação p. 392.

⁴⁰⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de ref. p. 90. VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madri: Taurus, 1964 (Reimpressão 1986). Obj. de citação p. 150.

Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação⁴¹⁰, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade⁴¹¹.

Por fim, vale atestar que admitir a dimensão tópico-problemática é pregar uma revalorização do denominado juízo de equidade, enquanto mecanismo de adaptação do direito às particularidades de cada caso, com o que não se está a dizer, contudo, que deve ser abolido o juízo de legalidade, mas antes entendê-los como necessários, co-existentes e complementares na atual ótica constitucional-democrática-deliberativa de processo. Assim, ambos os juízos teriam funções bem definidas:

[...] o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e equidade apresentam-se como dois aspectos distintos mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro. No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos eqüitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz⁴¹².

Assim, visto o que se entende por dimensão tópico-problemática e como a mesma pode contribuir para a atual fase da processualística brasileira, passa-se a uma análise do modelo de democracia deliberativa e ao que se pensa serem suas implicações a *praxis* judicial e às relações dos envolvidos no litígio.

6.2.4 A democracia deliberativa e a cooperação processual

⁴¹⁰ Em relação a esse ponto verificar os ensinamentos de CAPPELLETTI, Mauro. *Giudice legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

⁴¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 361.

⁴¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 364.

Em relevante estudo Habermas investigou três modelos normativos de democracia: o modelo liberal, o modelo republicano (*rectius*: comunitarista) e o modelo deliberativo-procedimental⁴¹³. Dentre estes o modelo deliberativo⁴¹⁴ representa uma articulação dos demais por meio da teoria do discurso, conservando uma formação liberal da vontade política, que deverá se condicionar, no entanto, a um direito comunitário por meio do qual se encontra estruturada a sociedade. Tal modelo pretende, pois, uma verdadeira “institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos”⁴¹⁵. Ele busca afastar o individualismo do modelo liberal, marcado por uma atitude passiva do juiz e também o prestacionismo social do processo comunitarista, marcado por um ativismo parcial do juiz.

No desenvolvimento de tal intento Habermas busca demonstrar como a ação orientada para o entendimento pode vir a ser fundamento de uma decisão política, na medida em que procura conciliar os direitos fundamentais, com uma concreta eticidade comunitária e com uma noção de justiça caracterizada como “pretensão de correção”. Por meio desta proposta deliberativa de democracia ele busca afastar o idealismo de um direito natural (quer fundado na razão, ou na natureza ou de base religiosa) bem como o abstracionismo de um direito positivo artificialmente imposto.

Aplicando-se tal modelo ao direito processual, percebe-se a necessidade de uma interação entre os envolvidos no litígio a qual só pode ser efetivada quando garantido o contraditório e quando a relação processual é desenvolvida sob a ótica da cooperação. Nesse sentido Hermes Zaneti Júnior, com base em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, afirma que: “No processo, o modelo procedimental deliberativo se dá por meio dos postulados da máxima cooperação

⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. In: *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, nº 36, 1995, pp. 39-54.

⁴¹⁴ Quanto ao tema conferir também: LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília, ano 43, nº 172, pp. 73-83, out.-dez. de 2006. Cf. ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 3, nº. 4, 2005. Obj. de ref. p. 579.

⁴¹⁵ Conforme adverte Habermas: “A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum, mas sem entender como algo secundário a estruturação em termos de Estado de Direito. Em vez disso, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos”. HABERMA, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. In: *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, nº 36, 1995, pp. 39-54. Obj. de citação p. 47.

(*Kooperationsmaxima*)⁴¹⁶ e do formalismo valorativo, no qual a forma é entendida em sentido amplo”⁴¹⁷.

De outro lado, como já se destacou, além da entrega de uma rápida prestação jurisdicional, impõe-se que os procedimentos tenham um caráter discursivo, que garanta a participação dos litigantes em uma atitude de cooperação⁴¹⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca também que a noção de cooperação, além de representar um juiz ativo e leal, posicionado no centro da controvérsia, importa, ainda, a busca do caráter isonômico do processo ou pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio, o qual tem no fortalecimento dos poderes das partes o mecanismo de ser alcançado. Aponta, pois, para participação⁴¹⁹ mais ativa e leal no processo de formação das decisões, afastando-se uma postura autoritária do juiz, dividindo-se o trabalho entre as partes e o juízo⁴²⁰. “A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”⁴²¹.

Ademais, tratando dos modelos normativos de democracia, após preconizar a insuficiência dos modelos liberal e social, Hermes Zaneti Júnior aponta para a máxima cooperação processual como única forma capaz de dar conta das complexidades do Estado Democrático de Direito. Vejam-se as suas palavras:

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: *AJURIS*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003. Obj. de ref. p. 65.

⁴¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 170.

⁴¹⁸ Nesse sentido os ensinamentos de Lúcio Grassi de Gouveia que afirmou: “Tem sido uma preocupação constante dos processualistas modernos, além da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real, devendo ter este uma participação ativa no processo. Nesse sentido, por exemplo, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro, importante regra que determina que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 183.

⁴¹⁹ Quanto à natureza da participação no processo são importantes os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho que afirma ser a mesma o exercício de um direito fundamental. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, pp. 151-163. Obj. de ref. p. 155.

⁴²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 360.

⁴²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 360.

A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima cooperação”, como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo⁴²².

No direito alemão, onde se originou, o Princípio da Cooperação representa primordialmente o direito de perguntar (*Fragerecht*) e o dever de perguntar e de se esclarecer (*Frage und Aufklärungspflicht*) atribuído ao juiz, sendo inclusive possível a interposição de recurso quando se verificar que tal dever não foi corretamente cumprido, permanecendo obscuras questões de fato e de direito⁴²³.

Ferrand em estudo desenvolvido sobre o Código de Processo Civil Alemão (ZOP) destaca que o seu § 139 dispõe que:

o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (*Erhellliche Tatsachen*) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova. Neste desiderato, ele deve, se necessário, trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve chamar a atenção para os meios que devem ser levantados de ofício pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre suas pretensões, que formulem perguntas⁴²⁴.

Vale advertir, contudo, que a jurisprudência alemã é bastante reservada em aceitar uma intervenção persecutória do juiz, uma vez que é grande o temor de parcialidade, relacionando o dever de esclarecimento, portanto, mais a uma necessidade de clarificar os fatos a fim de alcançar uma solução concreta do litígio. Em síntese, não se admite inovações por parte do Tribunal seja no âmbito fático ou probatório, mas ele possui o direito de determinar que as partes complementem informações ou provas a partir do que já foi deduzido em juízo⁴²⁵.

⁴²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação pp. 165-166.

⁴²³ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 184.

⁴²⁴ FERRAND, Frédérique. *Droit prive allemand*, Dalloz, Paris, 1997, p. 199. *Apud*: GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 184.

⁴²⁵ FERRAND, Frédérique. *Droit prive allemand*, Dalloz, Paris, 1997, p. 199. *Apud*: GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 185.

Também Miguel Teixeira de Sousa ao abordar o tema da cooperação processual evidenciou que o dever funcional do Tribunal de colaborar com as partes divide-se em quatro deveres essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes ⁴²⁶.

Quanto ao dever de esclarecimento, nos termos já apresentados, ele consiste no dever do juízo de por fim às dúvidas existentes sobre as “alegações, pedidos ou posições em juízo”⁴²⁷ das partes.

Vitorio Denti destaca que:

[...] a intervenção do juiz tende a provocar o esclarecimento das questões de fato e de direito que fundamentam a pretensão da parte. O exemplo mais conhecido de intervenções deste tipo é o interrogatório da parte com a finalidade de esclarecer as alegações, que teve sua aplicação mais importante nos códigos processuais alemão e austríaco e que foi estudado por Mauro Cappelletti como instrumento direto a promover a efetiva igualdade das posições das partes no processo. Esse tipo de poder do juiz se presta a, além de garantir a assistência do litigante débil, suprir a deficiência da sua defesa, também sob o plano de uma verdadeira e própria “inquisição” para além dos limites formais das alegações das partes. [...] Não há dúvida de que o poder de esclarecimento, no seu uso assistencial direto visando a obter a melhor defesa das razões do litigante débil, ingressa no quadro do emprego da técnica do processo por finalidade social⁴²⁸.

No direito pátrio relacionado a tal dever mencione-se a possibilidade da produção de provas *ex officio* (art. 130 do Código de Processo Civil), o princípio do livre convencimento motivado esculpido na regra do art. 131, o dever de todos colaborarem com o Poder Judiciário na busca da verdade (art. 339 e 341), o comparecimento para interrogatório como dever das partes (art. 341, inciso I) e ainda a possibilidade de tal determinação ser realizada de ofício pelo juiz (art. 342).

Em relação ao dever de prevenção, nos trilhos das lições de Miguel Teixeira de Sousa, são quatro áreas fundamentais em que se justifica: a explicitação dos pedidos pouco claros, o

⁴²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. Obj. de ref. p. 65.

⁴²⁷ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 187.

⁴²⁸ DENTI, Vitorio. *Proceso civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni de Comunità, 1971. Obj. de citação p. 64.

caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação⁴²⁹.

Este dever é contemplado no direito brasileiro pelo art. 284 do Código de Processo Civil que determina ao juiz ofertar a parte autora o direito de emendar a petição inicial quando verifique irregularidades os defeitos capazes de dificultar a resolução do mérito da ação. É interessante observar, contudo, que não existe qualquer direito correlato ao réu, o qual não pode deduzir nenhuma matéria de defesa posteriormente ao prazo de resposta. Analisando o ponto Lúcio Grassi de Gouvea afirma que os juízes pátrios até determinam que a parte explique pedidos pouco claros. “Mas dificilmente determinam que elas adequem o pedido formulado à situação concreta. E raramente sugerem uma certa atuação da parte, como ocorre na Alemanha”⁴³⁰.

O dever de consultar as partes foi amplamente difundido pelo hoje denominado processo modelo de Estugarda, fundado no Princípio da Oralidade e da Concentração dos atos processuais, bem como baseado no diálogo direto entre o juiz e as partes como forma de busca da verdade. Segundo Lúcio Grassi de Gouvea os resultados práticos de tal modelo evidenciaram “que a presença ativa dos litigantes põe o juiz em um mais imediato contato com a realidade, torna mais ágil uma rigorosa reconstrução dos fatos deduzidos em juízo e favorece a composição amigável da lide”⁴³¹. Por outras palavras o dever de consultar as partes, impeditivo de decisões surpresa, nada mais é do que um dos desdobramentos do Princípio do Discurso sobre o processo, como imperativo de um Estado Democrático de Direito.

Nicolò Trocker adverte que:

O sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões quanto aos aspectos de fato e de direito da controvérsia. Parece assim um modo externamente válido para afastar o perigo das ‘decisões surpresa’ e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento. O desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas suas conseqüências negativas. Uma tempestiva comunicação da própria ‘Rechtsauffassung’ da parte do

⁴²⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997. Obj. de ref. p. 66.

⁴³⁰ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 189.

⁴³¹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 192.

órgão julgante favorece obviamente também a concentração das operações processuais e um mais rápido desenvolvimento do juízo. O resultado do ‘modelo de Estugarda’ confirma que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o ‘prestigioso’ silêncio do juiz constrange as partes a alegações supérfluas e dificulta a busca da verdade. É apenas o caso de constatar-se que a celeridade e concentração do processo e adequação da pronúncia são valores estritamente conexos à própria garantia de ação e de defesa⁴³².

Por fim, o último sub-dever de cooperação é o de auxílio entre as partes, consistente na remoção de dificuldades ao exercício de faculdades, direitos ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais pela parte que se encontra em melhores condições de fazê-lo⁴³³. Destaque-se, nesse ponto, a chamada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova⁴³⁴ surgida na Argentina, por meio dos estudos de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, e fundada nos Princípios da Veracidade, Boa-Fé, Lealdade e Solidariedade (com atuação do juiz), pela qual se deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto para atribuir o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo, devendo o juiz verificar eventual violação aos deveres das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas para, neste caso, proferir uma decisão contrária ao infrator, com o intuito de garantir os mais caros escopos processuais⁴³⁵. A teoria também tem encontrado outra ordem de fundamentação, consistente no Princípio da Igualdade entre as partes em bases materiais⁴³⁶.

⁴³² TROCKER, Nicolás. *Proceso Civil e Costituzione: Problemi di diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. Obj de citação p. 667.

⁴³³ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 194.

⁴³⁴ Wilson Alves Souza faz uma síntese das principais teorias: a) Teoria de Jeremy Bentham: a obrigação de provar incumbe à quem tem condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes; b) Teoria de Bethmann-Hollweg: a quem deduz um direito, cabe provar a sua existência - falando em prova de direito e não de fato; c) Teoria de Gianturco: deve produzir prova aquele que deve auferir vantagem; d) Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda: dispõem que o autor deve provar fatos que fundam a sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções; e) Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: levam-se em conta as circunstâncias do caso concreto para efeito de repartição do ônus da prova. SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova - Considerações sobre Doutrina das Cargas Probatórias Dinâmicas. In.: *Revista Jurídica dos Formandos Em Direito da Faculdade de Direito da Ufba*, Salvador, v. VI, p. 235-260, 1999. Obj. de ref. pp. 243-244.

⁴³⁵ Ao contrário da teoria estática do ônus da prova acolhida pelo nosso CPC (teoria clássica), a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possui as seguintes características: “i) o encargo não deve ser repartido previa e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática ou inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando - se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito -, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo. DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*, p. 98. Apud: DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 1. 2ª ed. rev. ampl. e atua. Salvador: Juspodivm, 2008. Obj de citação p. 91.

⁴³⁶ WHITE, Inês Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: *Cargas probatórias dinâmicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004. Obj. de ref. pp. 60 e ss.

O direito brasileiro é bastante tímido quanto ao ponto, limitando-se a garantir ao juiz a possibilidade de determinar à parte ou a terceiro que exibam documento que se encontre em seu poder, conforme arts. 355 e 360 do Código de Processo Civil.

6.2.5 *Direito processual e direito material: uma aproximação no interior da moldura constitucional*

No contexto contemporâneo, no qual se encontra assentada a assertiva da instrumentalidade do processo, que mesmo dosada não deve ser negada, é claro o entendimento de que o direito material é a primeira influência ideológica do direito processual e que este deve ser uma “técnica adequada” para a obtenção dos fins almejados por aquele. O processo é o caminho para a realização do direito material quando este não é espontaneamente cumprido⁴³⁷.

Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque atesta que: “[...] o direito processual é a ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material”⁴³⁸.

Também Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que:

Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para ‘dar’ direitos a quem os tem: não para ‘inventar’ direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um ‘fosso’ entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente⁴³⁹.

⁴³⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in*: *Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 165-196.

⁴³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 12.

⁴³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da ‘fungibilidade’. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Obj. de citação p. 1.091. Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1. 20ª ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007. “Direito Material e processo, portanto, caminham juntos, de modo que este é instrumento daquele e, alíás, se dignifica na razão direta em que aquele se manifesta como buscando a estabilidade e a justiça”. Obj. de citação p. 31.

E, ainda, Cândido Rangel Dinamarco, para quem: “[...] é plena a aderência de suas formas e soluções ao direito material, evitando desvios e imperfeições que deturpem a *vontade concreta* deste, ou seja, os desígnios que hão de prevalecer em cada caso concreto. Desde que o intérprete não se deixe iludir e não veja nessa proximidade a absorção do processual no substancial [...]”⁴⁴⁰.

Contudo, não obstante a influência exercida pelo direito material sobre o processo é certo que, no interior do processo, o direito material afirmado torna-se problemático, acabando por ser, também, transformado ou ao menos conformado ao que se extrai com o provimento judicial final. Convém lembrar que o postulado da máxima coincidência é apenas um referencial teórico.

Hermes Zaneti Júnior afirma, pois, que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da forma expressa no direito material positivado”. O processo construiria, então, uma verdade interna razoável e argumentativa, um “direito material novo”⁴⁴¹. Nesse sentido também leciona Ovídio A. Baptista da Silva com base em Goldschmidt: “Na pendência da relação processual, o direito torna-se simples “expectativa de direito” (Goldschmidt). [...] as pretensões (de direito material) quando postas na relação processual litigiosa, perdem a solidez que lhe assegurava a inimpugnabilidade (incontrovertibilidade) própria do direito material, para tornarem-se meras “expectativas de direito”⁴⁴².

Assim, ao mesmo tempo em que não se pode negar a ideologia que o direito material exerce sobre o direito processual não se deve negar, também, que o direito material discutido no processo torna-se sempre incerto e problemático. Daí uma reafirmação da tópica como técnica de solução de problemas, apontando-se para a superação do paradigma legalista, já que o processo é sempre reflexivo⁴⁴³.

⁴⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 227.

⁴⁴¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de citação p. 167.

⁴⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420. Obj. de citação p. 413 e 417.

⁴⁴³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de ref. p. 168

Denuncia-se, pois, a insuficiência da visão do jurista “moderno” (lógica dedutiva moderna), que fundada em uma concepção sistemática do processo, concebe a norma como perfeita, a qual conteria todas as hipóteses de incidência, bastando uma simples subsunção dos fatos às normas em casos de conflitos. E, por conseguinte, afirma-se uma necessidade de superação das teorias imanentista e concretista da ação, que nasceram da referida lógica moderna, e que são de matriz fortemente privatista, já que consideram que a todo direito corresponde um ação que o assegure. A crítica que é feita, nesses termos, é que esta lógica fez “tábua rasa do direito material e deixou de lado as necessárias tutelas diferenciadas que esse exigia para sua correta proteção”⁴⁴⁴.

Portanto, seguindo as pegadas de Hermes Zaneti Júnior, propõe-se “[...] uma visão pela efetividade do processo, a qual resgata, como valor ideológico o direito material”, com base em uma “nova metodologia constitucional”, sem esquecer “a necessária ponderação entre o valor efetividade e previsibilidade (segurança jurídica)”⁴⁴⁵.

Conforme adverte José Roberto dos Santos Bedaque “[...] a ciência processual deve ser elaborada sempre à luz do direito substancial e em função dele. [...] A relativização do binômio direito-processo constitui inafastável premissa de um sistema processual eficiente, pois a tutela jurisdicional vai atuar exatamente no plano das relações substanciais. O mínimo que se espera, portanto, é que seja ela dotada de utilidade, isto é, aptidão para tornar efetivo o direito material”⁴⁴⁶.

Sob tal ótica, tentando superar os problemas das teorias monista e dualista da ação⁴⁴⁷, já que enquanto a primeira não separa os planos material e processual; a segunda esboça um fosso

⁴⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de citação p. 170.

⁴⁴⁵ Obj. de citação p. 170.

⁴⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 20.

⁴⁴⁷ “Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (teoria *dualista* do ordenamento jurídico); o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à *atuação* (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele. Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (teoria *unitária* do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de *compor a lide* (ou seja,

entre ambos, adota-se, então, a chamada teoria circular dos planos, que não parte de uma vinculação tão profunda ao ponto de fundir o direito material ao processual, mas que, de outro lado, não os desvincula como faz uma teoria dualista, que entende existirem duas ações em planos distintos e em certa medida desconectados. Passa-se de uma perspectiva em que as relações do direito material com o processual se dão unicamente no campo da ação para se afirmar que é “no” e “pelo” processo que ocorre uma mudança do direito material posto em jogo e prova disto é que este se torna, na relação processual, incerto. O processo toma a situação afirmada como *topos* argumentativo. É uma “abertura à racionalidade prática procedimental que privilegia o problema, portanto, de abertura para a lógica dialética”⁴⁴⁸.

Propõe-se, como alternativa a uma dicotomia ou um monismo entre direito processual e direito material, a idéia de que ora o direito atua pela norma material, ora pela processual, por meio do debate judicial, sendo que tal debate, na teoria adotada, embora leve em consideração a norma material afirmada, não pressupõe sua veracidade e incidência absoluta fora e antes do processo. Esta é a proposta de construção de uma solução por um processo “prospectivo”, que cria (e recria) a norma de direito material, através de uma metodologia tópica que não se distancia do problema, englobando as racionalidades processual e material do direito e enfrentando as relações existentes entre estes planos “na perspectiva de sua interdependência e complementaridade”⁴⁴⁹.

Nessa linha de interdependência e complementaridade, é imprescindível recordar, igualmente, conforme adverte José Roberto dos Santos Bedaque que:

[...] a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível do processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação

de editar a regra que soluciona o conflito a julgamento)”. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 45.

⁴⁴⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de citação p. 178. Diante de tal quadro Hermes Zaneti Júnior não nega a existência da categoria da ação material proposta por Ovídio A. Baptista da Silva e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, mas afirma que “sua essencialidade significaria um limite excessivo para a realização de novos direitos que precisam ser construídos pela jurisprudência, nos quais as circunstâncias fáticas não denotam automaticamente sua incidência, dependendo esta de laboriosa atividade das partes e do juiz no processo judicial [...]”. Portanto, frente à incerteza do direito material posto em juízo (*status assertionis*), volatizando-se, tornando-se mera expectativa, não faz qualquer sentido exigir-se uma ação material anterior.

⁴⁴⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de citação p. 168.

de um direito material para o seu exercício. A defesa volta-se contra a existência desse direito.

Mas, de outro lado: “A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários”⁴⁵⁰.

A teoria circular dos planos é proposta, portanto, num momento em que a perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios e regras, leva o processo a atuar para a realização (concretização) dos direitos fundamentais, não podendo se restringir por uma pré-compreensão do direito. É a opção que parece mais acertada ante a consideração do direito como um sistema aberto de regras, princípios e valores, afastando-se uma concepção meramente legalista do direito que o engessaria em preceitos *prima-facie*, para a solução dos casos concretos por meio de simples subsunção do fato à norma. Neste quadro, “continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo “nexo de finalidade” que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a teoria circular dos planos”⁴⁵¹. Reforçando parte da idéia, Sérgio Gilberto Porto, com base em Galeno Lacerda, afirma que “deve haver, necessariamente, entre o direito e o processo, *um nexo de finalidade*”⁴⁵².

Assim, pode-se dizer que a circularidade se dá exatamente pelo fato de que os dois planos do direito se auto-influenciam, de forma que processo sem direito material é inútil e direito material sem processo não possui aplicabilidade. E mais, pode-se afirmar, mesmo, que o processo de criação e recriação do direito dá-se realmente de forma circular entre os planos processual e material, de maneira que enquanto o direito processual concretiza recriando o direito material através da interpretação por de um discurso de aplicação da decisão judicial; este permanece sempre como uma ideologia a ser seguida e um fim a ser realizado por aquele.

⁴⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação p. 66.

⁴⁵¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196. Obj. de citação p. 192.

⁴⁵² PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 179-189. Obj. de citação p. 182.

Ainda na perspectiva de uma aproximação sob a moldura constitucional, valendo-se das lições de Luiz Guilherme Marinoni, é também importante atestar que:

[...] na decisão jurisdicional, há uma inquestionável integração e completção entre os planos do direito material e do direito processual, mediante a visualização das necessidades do direito material a partir da Constituição. Portanto, o que se insiste em propor é a idéia de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das “tutelas dos direitos”, e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual⁴⁵³.

Chama a atenção, no texto transcrito, a centralidade atribuída à Constituição, uma revalorização das “tutelas de direito” e a afirmação de que é a jurisdição que promove a integração entre as esferas de direito material e processual, pelo que fica evidenciado que é dentro da moldura constitucional, ou seja, com respeito aos direitos fundamentais, aos preceitos constitucionais do Estado Democrático e aos princípios processuais constitucionais, que se deve analisar as relações entre direito material e processual, sendo certo, ainda, que é por meio desta moldura que os mesmo devem ser aproximados, já que ambos devem convergir por um nexos de finalidade traçado pela Constituição, cerne e estrutura jurídica essencial de um Estado de Direito.

Em outro texto, tratando da relação entre o direito material e o direito processual, Hermes Zaneti Júnior ainda afirma: “No Estado Democrático Constitucional, entende-se que a relação só pode ser dialética, de complementaridade, ou seja, uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e, por sua vez, seja servido por ele”⁴⁵⁴.

Recorde-se, por fim, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque, que: “[...] todos os institutos fundamentais do direito processual recebem reflexos significativos da relação jurídica material (jurisdição, ação, defesa e processo)”. E, “Por tudo isso, as transformações do direito processual devem harmonizar-se com aquelas ocorridas no plano do direito

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 139.

⁴⁵⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 63.

material. À sociedade de massa deve corresponder um processo de massa⁴⁵⁵. E, em síntese, estes são os apontamentos que se buscaram fixar ao processualista como forma de compreender as truncadas relações de aproximação e distanciamento entre direito processual e material, o que se crer deva ser superado pela adoção dos preceitos constitucionais como forma de fundamentação e aplicação das normas.

6.3 A racionalidade prática procedimental do processo: uma necessária aplicação da comunicatividade e da estratégia

Nesse último ponto da investigação, pretende-se exaltar como método de aplicação do direito por meio do processo aquela que se pretende denominar racionalidade prática procedimental do processo, a qual, conforme se buscará demonstrar, seria apta a abarcar toda a complexidade do discurso jurídico e, ainda, equacionar segurança jurídica e efetividade, razão instrumental e razão comunicativa tudo sob os moldes constitucionais adequados a um Estado Democrático de Direito.

Nesse quadro, amparando-se em Habermas⁴⁵⁶, por “razão prática” procedimental entende-se aquela espécie de razão que se volta para o modo de ser do processo compreendendo-o de forma procedimental-discursiva. Isto é, de uma maneira que busca conciliar uma necessária estabilidade dos institutos jurídicos processuais e a constante necessidade de reformulação do direito que se opera por meio do processo (raciocínio tópico-problemático). Quando se diz “prática”, portanto, se diz num sentido de que tal racionalidade busca atuar sobre o modo como o processo efetivamente se desenvolve e não como ele é teoricamente formulado e com

⁴⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Obj. de citação pp. 32 e 41. Conferir também p. 65. Sob esta perspectiva o autor ainda propõe uma metodologia a ser seguida pelo processualista, vejam-se suas palavras: “O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estereis, sem qualquer importância para os escopos do processo”.

⁴⁵⁶ “Gostaria apenas de mencionar, aqui, que o que normalmente tratamos sob o título de “razão prática” não é nenhum fenômeno elementar, mas remete a um entrelaçamento operado na moldura de interações sociais entre racionalidade epistêmica, teleológica e comunicativa”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 117.

um enfoque que alcance sua dimensionalidade espistêmica, teleológica e comunicativa. Em outra medida, quando se vale do qualificativo “procedimental” quer-se exaltar a primazia de uma decisão que não é uma concretização de uma norma já existente, mas antes uma decisão que nasce do processo por meio da participação de todos os envolvidos em uma condição de igualdade e simetria, cujo ponto forte encontra-se ancorado no respeito mútuo, lealdade, boa-fé e cooperação.

Assim também, conforme adverte Antônio Carlos de Almeida Diniz:

A concepção procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionística e monológica⁴⁵⁷.

É bom que se recorde, ainda, que para Habermas: “[...] o processo democrático de criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”⁴⁵⁸. E, também que:

Os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações. A idéia do acordo que se verifica entre todos – e entre todos enquanto livres e iguais – determina o tipo de legitimidade por procedimentos (*prozeduralen Legitimitatstypus*), que é própria da época moderna⁴⁵⁹.

Ora, por certo que tais premissas democráticas também devem permear o direito processual, notadamente por ser mecanismo de atuação do poder estatal no qual se insere. Daí ficar assentada a necessidade premente do contraditório, da máxima cooperação e de uma real participação na formação da decisão. Esta é a necessidade de uma visão comunicacional do processo, vinculada a uma razão comunicativa.

Contudo, não obstante esta nítida exaltação do discurso e do consenso (acordo⁴⁶⁰ entre todos) como ideais reguladores para a legitimidade do direito obtida por meio de um procedimento

⁴⁵⁷ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006. Obj. de citação p. 169.

⁴⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 308.

⁴⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimação no Estado Moderno*. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983. Obj. de citação p. 236.

⁴⁶⁰ Para Habermas: “O acordo no sentido estrito só e então alcançado se os envolvidos podem aceitar uma pretensão de validade pelas mesmas razões, enquanto um entendimento mútuo acontece mesmo quando um vê

democrático, Habermas não desconhece que a necessidade prático-funcional do direito exige, em muitos casos, que este abandone o referido ideal regulador e se contente com um compromisso, seja na esfera legislativa do estabelecimento das normas, seja na esfera judicial de aplicação delas. Esta é a importante e indispensável contribuição que se extrai de uma razão estratégica, racionalidade esta que o processo, como instrumento, também não pode prescindir de adotar.

Habermas não é de maneira nenhuma desconhecedor desta dimensão negocial-instrumental do processo. Veja-se a seguinte passagem:

Na própria jurisprudência existem pontos de vista normativos subordinados “às razões de uma política de ordem”, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou aos imperativos de regulação de mercados. Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores⁴⁶¹.

Parece sobremaneira evidente, pois, que o processo adota o que Habermas denomina de agir comunicativo em sentido fraco, ou seja, no qual “a racionalidade comunicativa entrelaça-se com a racionalidade teleológica de agentes orientados pelo sucesso, mas sempre de modo que as metas ilocucionárias dominem os sucessos “perlocucionários” que, conforme o caso, são também ambicionados”. Contudo tal agir se diferencia de um agir puramente estratégico na medida em que “restringe o arbítrio dos agentes orientados ao sucesso apenas na medida em que esperam um do outro a renúncia a qualquer intenção enganadora (permitidas no agir estratégico)”⁴⁶². Vale dizer que, no processo, a mera estratégia seria uma conduta desleal e de má-fé.

que o outro, à luz de suas preferências, tem sob circunstâncias dadas boas razões para a intenção declarada, isto é, razões que são boas para ele, sem que o outro precise se apropriar delas à luz de suas próprias preferências”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 115.

⁴⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 205.

⁴⁶² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 121 e 119, respectivamente. Habermas diferencia o agir comunicativo nos sentidos forte e fraco do seguinte modo: “Falo de agir comunicativo num sentido fraco, quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais; falo do agir comunicativo num sentido forte tão logo o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins. Pois então os envolvidos fazem referência a orientações axiológicas intersubjetivamente partilhadas que determinam sua vontade para além de suas preferências”. Obj. de citação p. 118.

Portanto, fica evidente que, em sociedades complexas, contribuem para a formação do direito discurso e estratégia, razões morais, éticas e pragmáticas tudo isso ainda permeado por uma pressão exercida pelos subsistemas econômico (dinheiro) e administrativo (poder).

Vale destacar, também, que a necessidade de uma procedimentalização é decorrente exatamente da já denunciada fluidificação ou processo de desintegração que sofre a sociedade contemporânea. Não existe um referencial prévio que seja estável, inquestionável ou inabalável. Cada vez mais o direito se apresenta por um estabelecimento contínuo, uma constante reflexão, seja na colocação das normas seja na sua aplicação. Nesse sentido Habermas ensina que:

Quanto mais a substância de um consenso axiológico se evapora, mais a idéia de justiça se funde com a idéia de uma fundamentação (e de uma aplicação) imparcial das normas. Quanto mais a erosão de concepções naturais de justiça avança, mais a “justiça” se purifica como um conceito procedural, mas de maneira nenhuma menos exigente. A expectativa de legitimidade – segundo a qual merecem reconhecimento apenas as normas “igualmente boas para todos” – só pode ser doravante satisfeita com auxílio de um processo que, nas condições da inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas, garanta imparcialidade no sentido da consideração igual de todos os interesses afetados⁴⁶³.

De outro lado, prega-se uma razão prática procedimental em um momento em que se encontra mais do que evidente que uma visão positivista do direito é incapaz dimensionar o nível e diversidade de questões jurídicas decorrentes de uma profunda transformação social, que se iniciou com a modernidade e atingiu contornos verdadeiramente impensáveis em termos de pluralidade de idéias, concepções e modos de vida. Nesse sentido Habermas afirma que a estabilidade social, outrora existente, permitia o estabelecimento de uma solução correta aos conflitos típicos, mas quando as próprias normas a serem aplicadas necessitam de fundamentação, até mesmo a concepção de imparcialidade do julgador deve ser revista, uma vez que um juiz acima e equidistante das partes não é capaz de solucionar os conflitos de forma efetiva e nem de proporcionar discurso, diálogo entre os envolvidos, pelo que fica evidente também a falência de um modelo de direito prestacionista (crítica ao solipsismo do juiz e a um princípio monológico de aplicação do direito)⁴⁶⁴.

⁴⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 298.

⁴⁶⁴ Sobre o ponto Lenio Luiz Streck ensina: “Assim, muito embora Habermas não recuse o modelo de Dworkin, não aceita o solipsismo insito à descrição do juiz com um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Obj. de citação p. 18.

Diferentemente, pelo modelo que se está a propor, todas as manifestações processuais, atos, provas e decisões devem ser encarados como argumentos, em uma busca constante entre todos os envolvidos, inclusive o juiz, de se convencerem reciprocamente na busca daquele que venha a ser, no interior do processo, o melhor argumento e que, portanto, deva prevalecer. Esta é, em certa perspectiva, a própria visão da existência de um sistema recursal, isto porque, não sendo a decisão do juiz, interlocutória ou final, o melhor argumento contido no processo, existe a possibilidade de questioná-la, reabrindo-se um novo ciclo do discurso processual na busca da prevalência do melhor argumento. Contudo, é evidente que, como instrumento e por necessitar da produção de resultados prático-fáticos, o processo deve conter ciclos de diálogo finitos e delimitados, daí a peculiar figura jurídica da coisa julgada, certamente um expressão da racionalidade instrumental que contribui para a formação processual. Na linha dessas considerações, vale transcrever o seguinte trecho da obra *Verdade e Justificação*:

No que tange a conflitos de ação típicos, o *ethos* punha à disposição razões convincentes para a solução “correta”, sobre a qual as partes conflitantes podiam acordar, se necessário com o auxílio de um “terceiro imparcial”. O discurso do juiz, que aplica um direito já existente – e específico em função de cada caso –, era considerado modelo de julgar imparcial. Mas o conceito de imparcialidade teve de se livrar desse modelo tão logo as próprias normas a ser aplicadas necessitaram de fundamentação. Com isso se diferenciam os níveis de fundamentação e de aplicação das normas. A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da *Justitia* – é agora insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer *reciprocamente* na competição pelo melhor argumento⁴⁶⁵

Portanto, no atual contexto, a procedimentalização é premissa inegável, mas não o estabelecimento de qualquer procedimento, antes de um que seja adequado às premissas constitucionais-democráticas e a igualdade de participação. É bom que se diga que mesmo os mais ferrenhos críticos, como é no Brasil Lenio Luiz Streck, não discordam totalmente do modelo procedimental, ao menos para aqueles Estados em que os problemas de exclusão social já foram cumpridos⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação pp. 297-298. Também Antônio Carlos de Almeida Diniz exalta a imparcialidade ao afirmar: “É precisamente a formação imparcial da vontade e do juízo através dos procedimentos institucionalizados no parlamento e no judiciário que possibilita uma racionalidade procedimental moral no direito e na política”. DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado*: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006. Obj. de citação p. 175.

⁴⁶⁶ “Fica evidente em Habermas – e não há como dele discordar neste ponto – que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos”. STRECK, Lenio Luiz.

Observe-se, porém, que em Estados subdesenvolvidos, embora as condições de possibilidade discursivas realmente sejam precárias, parece que a procedimentalização é ainda mais necessária, isto porque, diferente de Estados desenvolvidos, ou seja, que cumpriram o *Welfare State*, não existe uma base axiológica firme em que se possa sustentar um substancialismo. Na realidade, em Estados de modernidade tardia, os procedimentos são essenciais, já que tudo esta por ser feito e caso seja feito de forma errada ou antidemocrática sua frágil estabilidade institucional poderá ser profundamente comprometida. Nesse sentido pensa-se ser sem fundamento a crítica dirigida a Habermas de que o paradigma comunicacional seria uma utopia⁴⁶⁷. Ele é antes um ideal regulador que deve ser incessantemente buscado, mesmo em países ou em sistemas nos quais esteja muito longe de ser atingido.

Desse modo, conforme afirmou Willis Santiago Guerra filho: “[...] o direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se”. E quanto ao procedimento assevera: “É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la”. E quanto à procedimentalização prega:

A procedimentalização do direito [...] se mostra como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender a exigências sociais garantindo a participação coletiva e liberdade dos indivíduos, pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade⁴⁶⁸.

É translúcida, pois, a necessidade de um procedimentalização-dialógica, que mesmo com uma face voltada para a instrumentalidade e efetividade, não negue o caráter discursivo-participativo do direito e do processo.

Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Obj. de citação p. 80.

⁴⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Obj. de ref. p. 80 e seguintes.

⁴⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 985-1005. Obj. de citação p. 1001-1003.

Ademais, conforme observou Luiz Guilherme Marinoni, ao menos a teoria procedimentalista de Habermas, não é cega às questões ético-morais e aos direitos fundamentais. Vejam suas palavras:

[...] a teoria de Habermas – ao contrário das outras teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo Habermas, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público⁴⁶⁹.

E estas são, em síntese, as questões e questionamentos que se buscaram levantar e discutir, sempre rumo ao estabelecimento de um método processual adequado ao inafastável modelo de um Estado Democrático de Direito.

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 541-574. Obj. de citação pp. 563-564. Ver também p. 570.

7 Considerações Finais

A principal crítica feita ao procedimentalismo, qual seja, a de que seus métodos seriam inaplicáveis a países de modernidade tardia (subdesenvolvidos) a medida que a falta de consciência e formação política de seus cidadãos não permitiria uma real e igual participação nos procedimentos democráticos, em verdade volta-se, até com maior força, sobre as próprias doutrinas substancialistas, isto porque, se no tempo presente o conjunto dos cidadãos não possuem capacidade para se auto-representarem nos procedimentos, é muito menos legítimo, para não dizer inexistente, um sistema de direitos consistente. Ou seja, se os cidadãos não possuem condições de deliberação e participação nos procedimentos democráticos de estabelecimento da legislação e das decisões judiciais hodiernamente, quem criou, ou de que forma se legitimou um possível conjunto de valores que deve ser seguido?

De outro lado, é importante frisar que ao menos o procedimentalismo habermasiano não deixa, de maneira nenhuma, de considerar a importância dos direitos fundamentais, até porque, ao considerar co-originárias as autonomias privada (direitos fundamentais) e pública (soberania popular) ele elege como premissa indispensável ao procedimento a existência e real garantia desses direitos. Em outras palavras, Habermas tem total consciência que se não existissem e não se buscassem assegurar direitos fundamentais não seria possível o estabelecimento de um procedimento discursivo, já que uma real participação exige sujeitos conscientes. E não é porque muitos desses direitos ainda não foram efetivados em países de modernidade tardia que se pode negar o paradigma procedimental.

Crê-se que, na realidade, diferente do que fazem muitos estudiosos, procedimentalismo e substancialismo não são posicionamentos para serem radicalizados, isto é, não é possível adotar-se um procedimentalismo cego, nem um substancialismo cego⁴⁷⁰. O procedimento, como forma legítima do estabelecimento do sistema jurídico, deve ser dosado pelos valores sociais, os quais, por sua vez, até mesmo pelo fato de que em países de modernidade tardia não existe um conjunto tão consistente e estável de valores, podem ser ponderados e reavaliados pelo procedimento em um processo de interdependência e complementaridade. Deve-se exigir sim, e estes são valores inalienáveis, participação, fundamentação e

⁴⁷⁰ Sobre a inexistência de uma posição de absoluta divergência entre procedimentalismo e substancialismo conferir a nota de rodapé 17 em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Obj. de ref. p. 23.

publicidade, uma vez que o estabelecimento legítimo de qualquer ato em um Estado Democrático de Direito deve se assentar sobre tais postulados.

Não se quer negar, portanto, a existência de valores e de um sistema jurídico, apenas pretende-se chamar a atenção para a legitimidade, necessidade e coerência democrático-participativa do que se pode chamar de um procedimentalismo em sentido fraco. Ou seja, adotando-se as prescrições constitucionais e os direitos fundamentais como nortes teóricos, admiti-se a possibilidade de adaptações e juízos de equidade-adequabilidade nos casos particulares. Isto é, em última análise, compreender a inafastável complexidade do Estado contemporâneo e de um processo judicial multidimensional, que envolve pragmática, ética e moral, num contexto pós-tradicional em que os conflitos, de forma chocante, não só se multiplicam quantitativamente quanto qualitativamente.

Feitas tais considerações, cabe ressaltar, como ponto forte da investigação empreendida, que se propôs a *passagem de um modelo social-prestacionista de jurisdição para um modelo democrático-participativo de direito, no qual a decisão é uma construção intersubjetiva de todos os envolvidos no processo, que deverão ter direitos, deveres e prerrogativas bem definidas, garantindo-se a segurança jurídica e possibilitando a correção da decisão*⁴⁷¹.

Nessa proposta, é bom reforçar, que uma vez afastado o paradigma do modelo liberal de direito, no qual este era visto como um sistema fechado em formato piramidal, demonstra-se, igualmente, a falência do modelo social, no qual a prestação jurisdicional é dever exclusivo do Estado. Por outras palavras, buscou-se evidenciar que uma perspectiva processual que parta da concepção de entrega do provimento jurisdicional está fadada ao fracasso.

Portanto, ante a necessidade da adoção das premissas discursivas para obtenção de legitimidade (reconhecimento) das decisões judiciais, espera-se ter ficado claro a impossibilidade da obtenção solipsista da decisão correta para cada caso.

De outro lado, considerando a necessidade dos direitos fundamentais e da existência de soberania popular como condições de possibilidade da democracia, outra premissa inafastável é a segurança jurídica, já que apenas através dela é possível se garantir direitos e deveres para os envolvidos na relação processual. Segurança jurídica está intimamente relacionada com

⁴⁷¹ Ver acima pp. 71-72.

previsibilidade, pelo que é por meio dela que os litigantes poderão, de antemão, prever os desdobramentos e caminhos passíveis de serem seguidos na marcha processual.

Assim, esse enquadramento constitucional do processo e a utilização como método de uma racionalidade prática-procedimental revelam-se capazes de equacionar a tensão existente entre discursividade e eficácia, características inafastáveis do direito e do processo.

Por fim, vale dizer que uma continuação das considerações realizadas poderia ser no sentido de se investigarem as modificações processuais referidas acima sob esta perspectiva multidimensional do direito, que não reduz seu discurso à técnica, nem eleva à categoria de dogmas os valores que o permeiam. Porém, as inescusáveis limitações da pesquisa científica não permitem uma maior abrangência do que se buscou discutir, pelo que agradecendo imensamente a paciência dos leitores que se aventuraram embrenhar nessa densa floresta de argumentos expostos, conclama-os a realizarem tais investigações na marcha para um definitivo estabelecimento de um processo que seja a síntese teórico-prática de uma democracia constitucional-deliberativa.

8 Referências Bibliográficas

ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e I. Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1ª. reimpressão, 1989.

_____. Balancing, Constitutional Review and Representation. *In: International Journal of Constitutional Law*. Vol. 3, nº. 4, 2005.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 1ª ed. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2002.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, J. E. Carreira. Cumprimento da Sentença e Fundamentos da Impugnação. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 351-357.

ARAGÃO, Moniz. *Efetividade do processo de execução*. O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Acides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed. rev. ampl. atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 195-204.

_____. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 3ª ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, João Augusto. A educação tecnológica na sociedade do conhecimento. *In: Tecnologia & Interação*. Curitiba, Coletânea “Educação e Tecnologia CEFET-PR, 1998, pp. 53-66.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. *In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. (Coords.) Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOLZAN, José. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Editora Ijuí, 2005.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. *In: Vade Mecum RT*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, item 15.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *In: Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, nº 2, apr./giug. 2005, pp. 449-463.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. Processo e Democrazia. *In: Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano, 1965, pp. 618-702.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 55-67. _____ *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em 25 de abril de 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16ª ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ *A nova execução de sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, pp. 151-163.

CAPPELLETTI, Mauro. *Giudice legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

_____ Algumas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, v.16, nº 64, out.-dezembro de 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

CARVALHO, A. B. de. Desencantamento do mundo e ação pedagógica em Max Weber. *In: Filosofia Sociedade e Educação*. Vol. 1. São Paulo, pp. 141-152, 1997.

CARR, W.; KEMMIS, S. *Teoria Crítica de la Enseñanza*. La investigación-acción en la formación del profesorado. Barcelona: Martinez Roca, 1988.

CHIARLONI, Sérgio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 152, outubro de 2007, pp. 87-108.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 3. 3ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

_____ *Dell'azione nasce dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Vol 1. Milano: Giuffrè, 1993.

COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. *In: Estudios de derecho procesal civil*. Vol. 1. 3ª ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1996.

DENTI, Vitorio. *Proceso civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni de Comunità, 1971.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 1. 2ª ed. rev. ampl. e atua. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____ (Coord). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador, Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2005. 413 p.

_____ *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 114-127.

_____ A execução na reforma do Código de Processo Civil. *RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 85, p.11-18, jan./mar. 1997.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 8ª ed. ampl. atu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: *Ensaio e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 403-420.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagos*. Vol. 1, nº. 1, pp. 57-110. 2º sem. 2002.

FREITAG, Barbara e ROUANET, Sergio Paulo. *Habermas – Sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

FREITAS, Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1. 20ª ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Direito Processual Coletivo*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 27-32.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma Filosofia Processual do Direito*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 985-1005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Teoria de la acción comunicativa I - Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987.

_____. *Teoria de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. Madri: Taurus, 1987.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: *Revista de Estudos Avançados da USP n° 7*. São Paulo, v. 3, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Teoria de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. 3ª ed. Madri: Catedra, 1997.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução Lucia Aragão; revisão: Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Três modelos normativos de democracia. Tradução Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n° 36, 1995, pp. 39-54.

_____. *Problemas de legitimação no Estado Moderno*. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HERRERO, Xavier. *Racionalidade comunicativa e modernidade*. Belo Horizonte: Síntese, Vol. 14, pp. 13-32, maio-ago. 1986.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: A instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOFFMAN, Paulo. Falsas medidas tendentes à efetividade – a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de o autor apresentar rol de testemunhas na petição inicial. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 167-174.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Vol. 2. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano X, nº. 28, 1983, pp. 7-14.

LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia Estrutural*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tocantins: Intelectus, 2003.

_____. Diritto costituzionale e processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol 7, 1952.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 134-141.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2005.

LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (Org.) Vitória: EDUFES, 2005.

_____. Propedêutica habermasiana ao direito. In: *Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, pp. 175-200, 2001.

_____ A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

_____ Para uma teoria deliberativa da democracia. *In: Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília, ano 43, nº 172, pp. 73-83, out.-dez. de 2006.

_____ *A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999.

JORGE, Flavio Cheim; *et all.* *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MALINOWSKI, B. *Myth in Primitive Psychology, Magic, Science and Religion*. New York, 1955.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudos sobre a efetividade do processo civil*. 1999. Tese – USP.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

_____ As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. *In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 219-237.

_____ Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 541-574.

_____ A Jurisdição no Estado Contemporâneo. *In: _____ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66.

_____ *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARMOR, Andrei. (ed.) *Direito e Interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*. Paris: LGDJ, 2002.

MAZZEI, Rodrigo; *et all.* *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. A Tutela Mandamental como Manifestação do Princípio Constitucional da Efetividade do Processo. *In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 115-126.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A importância de modelos jurídicos. *In: Temas de direito processual civil*. 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Notas sobre o problema de efetividade do processo. *In: Revista de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 228-238.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *In: RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 20. nº.78, abr./jun. 1995, p.133-144. _____ *In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXI, nº. 62, novembro de 1994, p.173-189.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. atu. até fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Origem da Tragédia*. Lisboa, 1972.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 151-173.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In: *RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 32, nº. 146, abril de 2007, pp. 321-331.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. _____. In: *RePro: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 29, nº. 113, janeiro-fevereiro de 2004, pp. 09-21.

_____. A garantia do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, V. 15, 1998.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 351-372.

_____. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 421-440.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Tópicos sobre dialética*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Teoria da ação comunicativa e teologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, n° 138, pp. 109-132, jul.-set. 1999.

_____. *A. Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA NETO, Sérgio de. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais. In: *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto928.rtf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2007.

OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes*: Tres modelos de Juez. In: DOXA, n° 14, 1993. pp. 169-194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 179-189.

RAIMUNDO, Leandro Silva. A efetividade do processo e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: notas sobre o sincretismo processual. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5276>>. Acesso em 15 fevereiro 2007.

REDENTI, Francesco. *Profili pratici del diritto processuale civile*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1939.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação Jurisdicional Efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 153-166.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Execução Civil*. 2ª ed. rev. atu. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Elementos de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RORTY, Richard M. *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1 e 2. 24ª ed. rev. e atu. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1: Processo de Conhecimento. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2003.

_____. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 98-113.

_____. Direito Material e Processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2ª ed. rev. atu. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova - Considerações sobre Doutrina das Cargas Probatórias Dinâmicas. In.: *Revista Jurídica dos Formandos Em Direito da Faculdade de Direito da Ufba*, Salvador, v. VI, p. 235-260, 1999.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro Forense, 2007.

_____. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 375-388.

_____. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dotta Giuffrèeditore, 2002, pp. 381-410.

VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.

_____. *El concepto de estabiliad de los sistemas politicos*. Col. Cuadernos e debates. Vol. 1. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, s.d.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, abril-junho de 2000, pp. 306-313.

VERNANT, Jean Pierre. *Mito e Pensamento entre os Gregos: Estudos de Psicologia Histórica*. Tradução Haiganuch Sarian. São Paulo: DIFEL/EDUSP, 1973.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Dies-Picazo Ponce de León. Madri: Taurus, 1964 (Reimpressão 1986).

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da ‘fungibilidade’. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, 1979.

WHITE, Inês Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. *In: Cargas probatórias dinâmicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual), *in: Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 165-196.

ZANETI JR., Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 5ª ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)