

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**THIAGO MUNIZ DE LIMA**

**PROCESSO CIVIL E FILOSOFIA: O FORMALISMO-  
VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA  
FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA**

**VITÓRIA  
2010**

**THIAGO MUNIZ DE LIMA**

**PROCESSO CIVIL E FILOSOFIA: O FORMALISMO-  
VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA  
FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, na área de concentração Formalismo-valorativo e acesso à justiça: processo, democracia e direitos fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. José Pedro Luchi.

**VITÓRIA**

**2010**

**THIAGO MUNIZ DE LIMA**

**PROCESSO CIVIL E FILOSOFIA: O FORMALISMO-  
VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA  
FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, na área de concentração Formalismo-valorativo e acesso à justiça: processo, democracia e direitos fundamentais.

Aprovado em 07 de junho de 2010.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof.Dr. José Pedro Luchi  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussalem  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernadina de Pinho  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Aos meus pais, Humberto e Flávia, irmãos,  
avós, Lorena, Syd, tios e Sivone.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. José Pedro Luchi, por ter compartilhado seu conhecimento e ter me estimulado à investigação.

Agradeço, ainda, aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, especialmente os professores doutores Tarek Moysés Moussallen e Adriana Pereira Campos pelas importantes contribuições a este trabalho.

Também agradeço aos amigos do programa de mestrado, como José Alexandre Cid Pinto Filho, Osly Ferreira Neto e Marcel Guerra, pelo suporte e discussões sempre instigantes.

Por fim, mas não menos importante, a Lorena Lima pela impressionante paciência ao me auxiliar no trabalho de colocar esta dissertação nas incontáveis normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, mais conhecida por sua sigla: ABNT.

“Vale mais a pena ver uma coisa  
sempre pela primeira vez que conhecê-la,  
Porque conhecer é como nunca ter visto  
pela primeira vez,  
E nunca ter visto pela primeira vez  
é só ter ouvido contar.”

Fernando Pessoa

## RESUMO

Partindo da compreensão de que o conteúdo dogmático-operativo do processo civil encontra seu fundamento racional na teoria geral do direito e do processo e, de forma mais radical, na filosofia do direito, o presente trabalho propõe uma análise da ciência do direito em conjunto com a filosofia do direito sob uma perspectiva cooperativa entre estes saberes, o que permite uma visão mais ampla e crítica do fenômeno jurídico. Fixada esta primeira premissa, identifica-se o formalismo-valorativo como a metodologia jurídica que melhor explica o processo civil brasileiro na atualidade; e a filosofia comunicativa democrática, a qual é abordada a partir do pensamento de Jürgen Habermas por sua representatividade, como o fundamento filosófico de importante corrente do direito brasileiro de hoje. Assim, associando ciência do direito e filosofia do direito, o formalismo-valorativo se mostra como a concretização no mundo jurídico da filosofia democrática habermasiana, sendo objeto de análise sob três aspectos, a saber: a participação no processo, a crítica ao positivismo jurídico e a preocupação com a segurança jurídica. No que diz respeito ao primeiro aspecto, conclui-se que a filosofia de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo convergem para um imperativo de participação no processo, porquanto Habermas demonstra uma preocupação na formatação de um Estado amplamente democrático, sem, contudo, trabalhar a participação no âmbito intra-processual, por conta de sua abordagem filosófica; enquanto o formalismo-valorativo realiza a análise sob o ponto de vista interno do processo através do ideal de cooperação entre os sujeitos do processo, com dever de debates e direito de convencimento. Por conseqüência, o estudo empreendido conquista o fundamento racional e o densifica no âmbito processual, fornecendo contribuições como a ampliação do *amicus curiae*. No segundo aspecto – crítica ao positivismo – também há a convergência entre a filosofia de Habermas e a metodologia do formalismo-valorativo, à medida em que aquela afasta o legalismo do positivismo por sua insuficiência para legitimação no Direito, calcando a legitimidade na participação de todos os concernidos; ao passo que esta busca superar o positivismo jurídico sob um ponto de vista interno do processo ao ver

limitações do positivismo na interpretação das normas, já que, na atualidade, há a necessidade de correção das normas infra-constitucionais em conformidade com a Constituição, concretização de princípios em geral, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, a preocupação com a segurança jurídica, terceiro aspecto de análise, é observada no pensamento de Habermas através da manutenção do direito legitimado democraticamente, isto é, dos discursos de fundamentação, os quais limitam os discursos de aplicação – próprios do executivo e do judiciário –; e, por seu turno, no formalismo-valorativo ao ocupar-se com a preservação dos valores jurídicos, promovendo uma correção das formas processuais que porventura violem garantias, sem representar um abandono à segurança jurídica, porque toma como ponto de partida para a referida correção o direito posto, em especial o direito constitucional e os direitos fundamentais. Assim, sob os três aspectos investigados, observou-se a concretização das idéias habermasianas, fundamento racional do direito brasileiro atual, por meio da metodologia jurídica do formalismo-valorativo.

Palavras-chave: Formalismo-valorativo. Democracia. Processo. Habermas. Amicus Curiae. Positivismo Jurídico. Segurança Jurídica.



## ABSTRACT

Based on the understanding that dogmatic-operative content of civil procedure finds its rationale in the general theory of law and of procedure and, even more, in the philosophy of law, this paper proposes to review the science of law in conjunction with philosophy of law by a cooperative approach on those knowledges, which allows an wider and critical vision of the legal phenomenon. Fixed this first premise, it identifies the formalism-evaluative as a legal methodology that best explains the Brazilian Civil Procedure at the days; and the communicative democratic philosophy, which is approached from the thought of Jürgen Habermas by its representative as the philosophical foundation of Brazilian law today. Thus, associating science of law and philosophy of law, the formalism-evaluative is shown as the achievement in the legal world of Habermasian democratic philosophy and is the object of analysis in three aspects, namely: participation in the process, criticism of the legal positivism and concern for legal certainty. Regarding the first point - participation in the process - it appears that Habermas's philosophy and methodology of legal formalism-evaluative converge to a essential participation in the process, as Habermas shows a concern in the formatting of a fully democratic state, without, however, work the participation in the intra-procedural, because of its philosophical approach, while the formalism-evaluative performs the analysis under the internal point of view of the process through the ideal of cooperation between the subjects of the process, with a duty of debates and the right of persuasion. Consequently, the study undertaken wins the rationale and densifera procedural matters, providing contributions such as the expansion of the *amicus curiae*. In the second aspect - criticism of positivism - there is also convergence between Habermas's philosophy and methodology of formalism-evaluative, as he rejects the legalism of positivism for its failure to legitimate the law, trampling the legitimacy on the participation of all that are concerned, while it seeks to overcome legal positivism or an internal point of view of the case to see the limitations of positivism in the interpretation of the rules. That occurs because, in actuality, there is the need to correct the constitutional standards infrastructure in

accordance with the Constitution, implementation of principles in general, open clauses and legal concepts. Finally, the concern about legal certainty, the third aspect of analysis is observed at the thought of Habermas by maintaining the right democratically legitimated, that is, the discourses of reasons, which limit the speeches of application - unique of the executive and judiciary - and, in turn, in the formalism, the evaluative mind to the preservation of legal values, fostering a correction of the forms that may violate procedural guarantees, without incurring a surrender to the certainty, because it takes a starting point for such a correction the right post, especially the constitutional and fundamental rights. Thus, under the three aspects investigated, there was the realization of ideas Habermas, rational basis of current Brazilian law, through the methodology of legal formalism-evaluative.

Keywords: Formalism-evaluative. Democracy. Procedure. Habermas. Amicus Curiae. Legal Positivism. Legal Certainty.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA DEMOCRACIA EM HABERMAS.....</b>	<b>16</b>
2.1 O QUE É ISTO – A FILOSOFIA? .....	17
2.2 O QUE É ISTO – A FILOSOFIA DO DIREITO? .....	22
2.3 O LUGAR DE UM ESTUDO FILOSÓFICO DO DIREITO NA ATUALIDADE .....	26
2.4 FILOSOFIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO PROCESSO, TEORIA GERAL DO DIREITO E DO PROCESSO E DOGMÁTICA DO DIREITO .....	30
<b>3. PARADIGMAS DO PROCESSO CIVIL E O FORMALISMO-VALORATIVO .....</b>	<b>36</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO COMO FENÔMENO SOCIAL E DA METODOLOGIA.....	36
3.2 O FORMALISMO PRÉ-CIENTIFICISTA.....	41
3.3 O FORMALISMO CIENTIFICISTA .....	44
3.4 A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.....	52
3.5 O FORMALISMO-VALORATIVO .....	56
3.5.1 Aspectos gerais e o traço neoconstitucionalista do formalismo-valorativo.....	56
3.5.2 A democracia como elemento essencial da metodologia do formalismo-valorativo.....	61
<b>4. O FORMALISMO-VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA.....</b>	<b>69</b>
4.1 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA .....	71
4.2 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA .....	92
4.2.1 A participação no processo .....	94
4.2.2 Crítica ao positivismo jurídico .....	109

4.2.3 Preocupação com a segurança jurídica .....	113
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>120</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>128</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>134</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O problema de que se ocupa esta dissertação brotou da vivência, por parte do pesquisador, de discursos de professores e alunos ligados à filosofia do direito e ao processo civil, bem como de livros pertinentes a estas temáticas. É certo que filosofia do direito e processo civil são estudos distintos, que lidam com diferentes características tendo em vista cada campo do saber. Todavia, o que se observa é que, de imediato e na maior parte das vezes, há um “abismo” entre filosofia do direito e processo civil. Sem a pretensão de generalizar, mas lidando com um grupo representativo, estudos de filosofia do direito tendem a se limitar a problematizar temas clássicos deste campo do saber, como os fundamentos primeiros do direito, da moral e do Estado. Por seu turno, os estudos de processo civil tendem a se restringir com um estudo pragmático, voltado para a parte operativo do direito, ou seja, o procedimento aplicado à prática. Diante disto, na presente dissertação, quer-se aproximar estas duas modalidades de estudo, demonstrando que uma abordagem conjugando filosofia do direito e ciência do direito permite a assimilação mais crítica e ampla do fenômeno jurídico, mais especificamente, apresentando o objeto de estudos de forma mais explícita, a meta é mostrar que há uma conexão radical entre filosofia do direito e processo civil de tal modo que um estudo cooperativo entres estes saberes permite a observação de que a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, escola processual que melhor explica o processo civil brasileiro atual, figura como a densificação das idéias mais amplas de uma filosofia comunicativa democrática, que é trabalhada a partir do pensamento de Jürgen Habermas, haja vista sua representatividade.

Dada a meta acima enunciada, no primeiro capítulo pretende-se fazer considerações acerca da relação entre filosofia do direito e ciência processual civil, com a finalidade de romper e superar o “abismo” entre estes saberes. Diante desta proposta, cabe fixar o entendimento da filosofia, de acordo com Habermas, como guardiã de lugar e intérprete, isto é, deve a filosofia, após o giro lingüístico, dialogar com os demais saberes – ciência, moral e arte -, a fim de que, numa visão cooperativa, auxilie numa compreensão totalizante do

mundo da vida.<sup>1</sup> Esta relação cooperativa entre os saberes é trabalhada no campo do direito por Theodor Viehweg ao distinguir o estudo jurídico de acordo com as características de observação do direito. Pode-se ter um estudo zetético, dogmático e zetético-dogmático do direito. Um estudo de característica zetética, ou seja, problematizadora é inerente à filosofia do direito; outro estudo de característica dogmática, operativa, é típico da dogmática jurídica. Soma-se a estes dois a teoria geral do direito e a teoria geral do processo, tendo características zetéticas e dogmáticas, posto que são estudos operativos, porém transistemáticos. Estas três dimensões do fenômeno jurídico – zetético, zetético-dogmático e dogmático – formam uma cadeia que permite a compreensão totalizante do objeto Direito.<sup>2</sup>

Firmado o entendimento de que uma análise que leve em conta amplas dimensões do direito – filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmática processual – permite um conhecimento mais amplo do tema estudado, é necessário passar, no segundo capítulo, a enfrentar as diferentes fases do processo civil no Brasil, a fim de compreender qual é a metodologia jurídica que melhor explica o processo civil no Brasil de hoje. Como será exposto, tal tarefa é desempenhada pelo formalismo-valorativo. As principais características desta fase metodológica são a assunção do neoconstitucionalismo e do processo democrático. O neoconstitucionalismo coloca a constituição como o conjunto de normas que consagra os principais valores sociais dentro do ordenamento jurídico, os quais devem ser observados em primeiro plano na aplicação do direito. Já o processo democrático compreende a participação dos sujeitos do processo de forma cooperativa, guardando ao juiz o dever de fundamentação das decisões e àqueles que discutem seus interesses o dever de debates e direito de convencimento.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a idéia de Reconstrução em Habermas. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 185-200, 2005.

<sup>2</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997; VIEHWEG, Theodor. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/dcentauros/v/vierwegnpdf.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008.

<sup>3</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 de jul. 2009;

Com o imperativo de associar as diferentes dimensões do direito na busca de um estudo mais radical, assim como estabelecido o entendimento de que o formalismo-valorativo é a metodologia jurídica que melhor explica e conduz o processo civil brasileiro atual, deve-se passar, no terceiro capítulo, à abordagem filosófica objeto de estudo, a filosofia comunicativa democrática, mais especificamente à reconstrução do sistema de direitos proposto por Jürgen Habermas. Nesta reconstrução difunde-se a idéia de que, segundo o princípio democrático, as normas jurídicas devem ter como emissor e destinatário a esfera pública, o que é conquistado através da co-dependência entre autonomia pública e privada e garantida pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo.<sup>4</sup>

Ainda no terceiro capítulo, deve-se buscar diálogo entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídico-científica do formalismo-valorativo. Tal diálogo reúne duas análises distintas sobre o mesmo objeto de estudos, o fenômeno jurídico, à medida em que a filosofia habermasiana valoriza um enfoque externo do direito; ao passo que o formalismo-valorativo se ocupa com aspectos internos do processo. Assim, numa visão cooperativa entre os saberes, se tem contribuições recíprocas: a filosofia do direito de Habermas contribuindo na compreensão do formalismo-valorativo através de estudos mais universais que fornecem o fundamento racional da prática jurídica. De outro lado, o formalismo-valorativo contribuindo para a filosofia do direito de Habermas à medida que representa uma densificação das idéias deste autor, no âmbito do processo.

Dentre as diferentes análises a serem feitas, será demonstrado o papel da participação no direito, a crítica ao positivismo jurídico e a preocupação com a

---

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de jul. de 2009.

<sup>4</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Sobre o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009; LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005.

segurança jurídica, todos esses pontos, de uma forma ou de outra, presentes nas idéias de Habermas e no formalismo-valorativo. Feito este caminho, restará demonstrada a co-pertinência entre a filosofia do direito de Habermas e o formalismo-valorativo, que, segundo a cadeia “filosofia do direito-teoria geral do direito e do processo- dogmática do direito”, de forma cooperativa, contribuem para a formação de um conhecimento totalizante acerca do direito, porque levam em conta os fundamentos mais amplos e sua função operativa, numa relação de fundamentação e concretização.



## 2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA DEMOCRACIA EM HABERMAS

A dissertação propõe um entrecruzamento entre processo civil e filosofia. Para atingir este intento é necessário fixar algumas premissas, em especial no que tange ao aspecto filosófico. Uma delas é esclarecer de qual compreensão de filosofia esta dissertação parte. Esta tarefa inicial pode parecer, num primeiro momento, um excesso de zelo, contudo, através de uma simples inspeção nos textos e livros pertinentes ao tema, vê-se que é extremamente variável o entendimento do que é a filosofia e sua aplicação na atualidade. Diante disto, para a construção de uma dissertação consistente em seus argumentos, é indispensável demonstrar as bases filosóficas que serão objeto de reflexão numa relação com o processo civil.

Em seguida, outro ponto que merece grande atenção é o papel da filosofia do direito na conjuntura atual. Durante um longo período, a literatura jurídica procurou focar o direito sob uma perspectiva científica, relegando à filosofia do direito um papel secundário ou, por vezes, inexistente. Para Kelsen,<sup>5</sup> por exemplo, a grande questão era como tornar o direito um campo do saber similar a uma ciência exata: havia uma preocupação constante com a previsibilidade. Kelsen, no entanto, não descartava a possibilidade de um estudo filosófico do direito, à medida que em sua teoria pura do direito não se tratava de uma teoria do direito puro,<sup>6</sup> mas tal estudo tinha um papel de relevância menor. Na esteira das reflexões kelsenianas, muitos autores focaram apenas o plano prático do direito, como se verifica no âmbito processual em obras que se ocupam apenas em demonstrar as nuances do procedimento aplicado à prática, sem, no entanto, qualquer preocupação com a esfera filosófica.

Diante deste quadro, a pretensão deste capítulo é: apresentar as premissas filosóficas, respondendo às perguntas “o que é isto – a filosofia?” e “o que é isto – a filosofia do direito?”, assim como fixar um entendimento acerca do

---

<sup>5</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>6</sup> Cf. SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

papel de um estudo filosófico do direito na atualidade e a relação entre filosofia do direito, teoria geral do processo e dogmática do direito.

## 2.1. O QUE É ISTO – A FILOSOFIA?

Para responder à pergunta título deste tópico iremos tomar como referência o pensamento do filósofo alemão Jürgen Habermas (1929 - ), dada a pertinência de suas obras com o tema deste trabalho, à medida que sua filosofia servirá de ponto de aproximação entre filosofia do direito e direito processual no terceiro capítulo. No que tange à compreensão de filosofia, destaca-se na obra de Habermas a conferência intitulada “A filosofia como guardadora de lugar e como intérprete”.<sup>7</sup>

Na referida conferência, Habermas inicia destacando a importância do pensamento kantiano para a filosofia e, conseqüentemente, afastando críticas irracionistas à construção de uma filosofia racional. O destaque à filosofia de Kant inicia com uma volta à parte epistemológica de seu pensamento, na qual tem maior importância a obra “Crítica da Razão Pura”, onde são fixadas as bases do conhecimento humano. As conclusões de Kant, segundo Habermas, levam à construção de uma teoria do conhecimento, a qual traz para a filosofia um papel de indicador de lugar.<sup>8</sup> Isto, pois a filosofia atua como um “[...] conhecimento *antes* do conhecimento [...]”<sup>9</sup>, mostrando o domínio privilegiado da filosofia no campo do saber, algo próximo a um tutor dos demais saberes. Paralelamente a esta primeira conseqüência, há uma segunda, que emerge da divisão das três críticas kantianas – “Crítica da Razão Pura”, Crítica da Razão Prática” e Crítica do Juízo” -, qual seja: “[...] demarcar os limites [...] das esferas axiológicas culturais da ciência e da técnica, do direito e da moral, da

---

<sup>7</sup> Conferência proferida em junho de 1981, na cidade de Stuttgart, Alemanha, por ocasião de um congresso promovido pela Associação Hegeliana Internacional, com tradução para o português em “Consciência Moral e Agir Comunicativo (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989).

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 18-19.

<sup>9</sup> Ibid., p. 18.

arte e da crítica da arte [...]”<sup>10</sup>, restando ao domínio da filosofia uma razão formal e legitimadora, isto é, um juiz, mestre, dos saberes. Desta forma, para Kant, a filosofia tem papel de indicador de lugar e de juiz, porquanto a filosofia determina o lugar das demais formas de saber, bem como funciona como um tribunal de conceitos acima dos demais saberes especializados, julgando estes, ou seja, devem os saberes passarem pelo crivo da filosofia crítica: tanto num caso, como no outro, em última instância há uma preocupação com a função fundacionista da filosofia.<sup>11</sup>

Na história da filosofia, Hegel formula importantes críticas ao pensamento kantiano, as quais merecem análise por Habermas. Hegel não concorda com a fundamentação transcendental pretendida por Kant, pois, segundo Hegel, Kant atinge suas conclusões simplesmente em forma de constatação. Para Hegel, carece o pensamento kantiano de uma sustentação anterior, mais especificamente, uma razão demonstrativa que apresenta “[...] a prova de que as condições *a priori* da possibilidade da experiência são ‘necessárias’”<sup>12</sup>. Hegel procura suprir essa lacuna através da movimentação dialética do espírito, sobretudo em sua obra “Fenomenologia do Espírito”, com o aperfeiçoamento em estruturas mais complexas da consciência na história. Hegel completa esta idéia na “Ciência da Lógica”, onde atribui à filosofia “[...] a tarefa de trazer ao conceito, de maneira enciclopédica, os conteúdos desdobrados nas ciências”<sup>13</sup>, além de conferir “[...] à filosofia em face da cultura como um todo um papel de relevância atual e universal-histórica”<sup>14</sup>, tendo em vista “[...] que torna explícita a teoria da modernidade, que estava apenas delineada no conceito kantiano de razão, e desenvolve-a em uma crítica das divisões de uma modernidade em conflito consigo própria”<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 18-19.

<sup>11</sup> Estas idéias ficam claras em seus escritos, sobretudo na Crítica da Razão Pura, em especial no segundo prefácio, onde Kant expõe com clareza que esta crítica funciona como um tribunal da razão (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 20.

<sup>13</sup> Ibid., p. 21.

<sup>14</sup> Ibid., p. 21.

<sup>15</sup> Ibid., p. 21.

Desta forma, embora Hegel formule várias críticas a Kant, ainda assim mantém o papel da filosofia como indicador de lugar e intérprete. Além disso, tanto Hegel, como Kant fixam sua filosofia no contexto da modernidade, ou seja, num período histórico onde se desenvolvem filosofias voltadas para a figura do sujeito em lugar do sagrado - que era característico da filosofia medieval -, o que pode ser verificado na preocupação kantiana de chegar ao fundamento do conhecimento *do* sujeito, bem como, no seu pensamento pautado na razão prática, as bases que o sujeito deve levar em conta para o agir, segundo o que ele denomina *auto-legislação* ou *liberdade interna*; e, por sua vez, a preocupação hegeliana de pensar o movimento do espírito como evolução da consciência, mas sem afastar as estruturas básicas do kantismo, pois o absolutismo de Hegel demonstra apenas os processos de auto-objetivação do espírito seguindo um caminho dialético que não rompe com as bases do pensamento moderno.<sup>16</sup> Outro ponto que merece destaque no que diz respeito ao pensamento de Hegel e sua relação com a subjetividade é a fixação de um dos alicerces de sua filosofia do direito na noção de liberdade *subjetiva*, de onde se parte para a compreensão do dever estatal de proteção da autonomia da vontade por meio do Direito na modernidade.

Diante desta noção moderna de filosofia, Habermas, após apresentar críticas ao pensamento kantiano (feitas por Strawson, Lorenzen e Popper) e hegeliano (feitas por Lukács, Korsch, Freyer e Adorno) – consideradas “auto-críticas” por Habermas, posto que todas não questionam radicalmente a visão da realidade de ambas filosofias<sup>17</sup> -, lida com as críticas mais radicais face ao kantismo e ao hegelianismo, formuladas pelo pragmatismo e pela filosofia hermenêutica. Através dessa análise, Habermas traz como questionamento o giro lingüístico operado na filosofia, que afasta do centro das reflexões o sujeito solitário, presente na modernidade, trazendo à tona o “[...] nexos da prática e da comunicação quotidianas, no qual estão inseridas as operações cognitivas que

---

<sup>16</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990. Comentários: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a idéia de Reconstrução em Habermas. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 185-200, 2005.

<sup>17</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 22-23.

têm desde a origem um caráter intersubjetivo e ao mesmo tempo cooperativo”<sup>18</sup>.

Diante das críticas do pragmatismo e da filosofia hermenêutica, Habermas afirma que estas contribuições não podem ser ignoradas, destacando-se a mudança de eixo do pensamento: da consciência para a “[...] orientação em função das objetivações do agir e do falar”<sup>19</sup>. Contudo, Habermas, através do giro lingüístico, não pretende cair no afastamento da razão (como se vê em Wittgenstein, George Bataille, Heidegger e pelos aristotélicos de matiz hermenêutico).<sup>20</sup> Em lugar de um irracionalismo, Habermas pretende, em síntese, “[...] defender a tese de que a filosofia, mesmo quando se retrai dos papéis problemáticos do indicador de lugar e do juiz, pode – e deve – conservar sua pretensão de razão nas funções mais modestas de um guardador de lugar e de um intérprete”<sup>21</sup>. Em outras palavras, a filosofia não deve se manter com o mesmo status presente no pensamento moderno de Kant e Hegel, como indicador de um lugar do saber e juiz, mas, a partir das contribuições do pragmatismo e da filosofia hermenêutica, sem cair num irracionalismo, busca pensar a filosofia como um guardador de lugar e como intérprete.

Quanto à função de guardador de lugar, Habermas insere no debate as novas produções científicas, como as de Mead, Freud, Piaget, dentre outros, a fim de demonstrar que estas novas ciências têm características diversas das ciências “tradicionais”, demandando um novo olhar filosófico-reflexivo – já que, caso contrário, seguindo uma orientação moderna, tais ciências seriam descaracterizadas, diminuídas e acopladas no não-lugar de pseudociências, o que demonstra a insuficiência do critério moderno na lida com novas tradições de pesquisa. Com isso, a filosofia, de acordo com Habermas, deve atuar na cooperação com a ciência e outros campos do saber (moral e arte) ao trazer subsídios para uma teoria da racionalidade, porém sem que isto resulte numa verdade absoluta, no sentido forte do termo. Filosofia, ciência e outros saberes, para Habermas, devem trabalhar “[...] na consciência falibilista de que

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 25.

<sup>19</sup> Ibid., p. 26.

<sup>20</sup> Cf. Ibid., p. 26-27.

<sup>21</sup> Ibid., p. 20.

aquilo de que a filosofia outrora se julgara capaz sozinha de agora em diante só se pode esperar da coerência feliz de diferentes fragmentos teóricos”<sup>22</sup>, como ocorre na teoria do agir comunicativo e a dogmática jurídica, conforme será abordado mais detalhadamente adiante. Todavia, vale ressaltar que esta divisão de trabalhos entre filosofia, ciência e outros saberes deixa àquela um caráter ainda universalista, posto que resta como competência *aclarar* as bases racionais do conhecer, do agir e do falar – evidentemente sem o cunho decisivo, de sobreposição e monopolista, presentes na modernidade.

Já no que diz respeito à função de interpretação da filosofia, Habermas insere a noção de um desenvolvimento científico, moral e artístico cada vez mais compartimentado. Com isso, as especializações surgidas no campo da ciência, moral e da arte, embora emergentes sem fundação e justificação, ainda carecem do papel da filosofia como mediadora, por meio da interpretação, conquistando uma unidade racional em meio a esta fragmentação. Esta unidade entre ciência, moral e arte só pode ser reconquistada através da filosofia, enquanto intérprete, através de uma produção racional totalizante, ou seja, “na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar”<sup>23</sup>, o que é feito pela filosofia como intérprete do mundo da vida, auxiliando, inclusive, na recolocação da “[...] cooperação [...] do fator cognitivo-instrumental com o moral-prático e o estético-expressivo”<sup>24</sup>.

Com isso, a reconstrução da filosofia racional como guardiã de lugar e intérprete é marcada pelo cunho cooperativo entre filosofia, ciência, moral e arte, com contribuições recíprocas destes diferentes campos do saber, na tentativa de compreender a realidade a partir de uma visão universalista e empírica, ou seja, totalizante. E para tanto o giro lingüístico figura com importância acentuada, à medida que se concebe a possibilidade da construção de verdades e entendimentos mútuos para além da figura individualizada, do sujeito solitário, mas construída por meio da comunicação cotidiana, onde diferentes pontos de vista são postos à prova, prevalecendo o

---

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 31.

<sup>23</sup> Ibid., p. 33.

<sup>24</sup> Ibid., p. 33.

mais convincente sob o ponto de vista comunitário, segundo uma razão comunicacional.

Assim, ficou caracterizada a compreensão de filosofia de Habermas. Filosofia, segundo Habermas, é o guardador do lugar, ou seja, entra no debate com os outros campos do saber, aclarando seu fundamento racional do conhecer, do agir e do falar, numa tarefa de interpretação da realidade, sem, contudo, sobrepor-se às construções científicas, morais e artísticas, mas sim mediando estes diferentes horizontes. Esta nova compreensão representa uma reestruturação da modernidade racionalista-moderna, presentes em Kant e Hegel. Enfim, em lugar de uma filosofia como indicadora do lugar e juíza dos saberes, através do giro lingüístico, a filosofia como guardiã de lugar e intérprete.

## 2.2. O QUE É ISTO – A FILOSOFIA DO DIREITO?

No tópico anterior ficou consignado que a filosofia deve cooperar na construção do saber com o conhecimento científico, a moral e a arte. A pretensão do presente tópico é trazer as reflexões do capítulo anterior para o campo do direito, bem como apresentar a noção de filosofia do direito.

Na filosofia prática há a busca por resposta à pergunta “como devo agir?”, desenvolvendo-se a filosofia moral e a filosofia do direito. Desta forma, a filosofia do direito emerge da tentativa de justificar parâmetros para o agir, em especial para a solução de conflitos em sociedade. Diante disto, como já dito, durante muito tempo um dos principais projetos da literatura jurídica foi a concretização de uma ciência do direito,<sup>25</sup> fato este que levou o jurista alemão Viehweg<sup>26</sup> a bipartir o estudo do direito em zetética e dogmática. A dogmática

---

<sup>25</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>26</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997; VIEHWEG, Theodor. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/dcentauros/v/vierwegnpdf.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008. No mesmo sentido, no Brasil: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

se ocupa com o plano prático, com a solução de problemas concretos. Neste enfoque predomina a inquestionabilidade dos pontos de partida, ou seja, conta-se com certos dogmas que irão ser o porto seguro do estudo científico. É o que Heidegger vai nomear de “ismos”,<sup>27</sup> nos quais não se indaga a respeito da validade ou invalidade de axiomas, tal como ocorre no cristianismo e no racionalismo, dada a ausência de questionamento da existência de Cristo ou a segurança da razão, respectivamente. Em virtude destas características é que se diz que o pensamento dogmático é um pensamento de opinião e operativo:

El pensamiento dogmático puede ser llamado adecuadamente *pensamiento de opinión* porque está caracterizado por el hecho de que se atiene a una opinión establecida (dogma ou dogmas); por una parte, la pone *fuera de toda duda* y, por outra, la desarrolla de múltiple manera. En el campo del derecho, ello se realiza con el objeto de provocar, en un grupo social más o menos amplio, un comportamiento jurídico lo más libre posible de perturbaciones de este comportamiento. Por lo tanto, el pensamiento jurídico-dogmático tiene primariamente una *función social* que habrá que precisar y que es necesario no perder de vista cuando se trata de emitir un juicio sobre aquél. Pues esta función estructura este pensamiento y lo determina em su desarrollo. Exige, además, por una parte, um núcleo conceptual estable, indiscutible (dogma o dogmas fundamentales) y, por otra, una suficiente flexibilidad de pensamiento (interpretabilidad, declinabilidad y discutibilidad) Del núcleo conceptual a fin de poder mantenerlo en las distintas y cambiantes situaciones. Nótese que el esquema conceptual y lingüístico que aqui interesa adquiere, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás una convicción, influye sobre los demás y, finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, pues este tipo del pensar y del hablar trata siempre de que lo pensado y lo expresado lleguen a tener una función operativa.<sup>28</sup>

Portanto, a dogmática é um dos caminhos possíveis de estudo do fenômeno jurídico, segundo o qual a pretensão primeira é a solução de problemas concretos sem, desta forma, questionar as bases em que se constroem tais soluções. “o jurista dogmático não pergunta o que é o Direito, nem sob que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico”<sup>29</sup>. Claro que esta ausência de questionamento dos pontos de partida não significa um estudo acríptico, mas sim que a análise do direito é feita

<sup>27</sup> Cf. HEIDEGGER, Martin. **Sobre o Humanismo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

<sup>28</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p.101.

<sup>29</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.18.



sempre intra-sistematicamente, ou seja, o sistema vigente permanece intocado.<sup>30</sup>

De outro lado, a zetética é um enfoque problematizador, que ao buscar compreender o mundo da vida, alcança uma resposta que denota uma compreensão universalizante deste: trata-se da busca em fundamentar o mundo da vida. Ao questionar o mundo da vida, a investigação zetética visa alcançar o fundamento, no caso do Direito, as bases do Direito dogmático:

Por el contrario, el pensamiento zetético tiene, primariamente, una función cognoscitiva. Ella estructura y determina este pensamiento. No permite que ideas fundamentales presupuestas queden dogmáticamente fuera de cuestión, sino que, más bien, para poder avanzar en la investigación, a veces tiene que ponerlas en tela de juicio. El pensamiento investigador es tentativo. Propone sus premisas tentativamente, las modifica y, si ello es necesario, las deja de lado. Cuando se siente ligado con su modelo se le reprocha, con razón, un dogmatismo inadmisibile.<sup>31</sup>

Com isso, se tem dois enfoques na análise do fenômeno jurídico: um pragmático, a dogmática; e outro problematizador, a zetética. Destes enfoques resultam diferentes ramos de estudo do direito, tais como: Filosofia do Direito, sociologia do direito, antropologia do direito, metodologia jurídica, psicologia forense, dentre outros, no campo zetético; e ciência do direito civil, penal, comercial, processual, dentre outros, no campo dogmático.<sup>32</sup>

Neste contexto cumpre indagar, qual das investigações é a mais relevante? Esta é uma pergunta equivocada, já que estas investigações não se anulam: uma completa a outra, como já apontado no tópico anterior. Analisando a relação entre ciência e filosofia, Ladrière, numa conferência pronunciada diante do Philosophy Club da Universidade de Saint Louis, nos Estados Unidos, em 19 de abril de 1958, afirma que Ciência e Filosofia são horizontes, nos quais um não implica a exclusão do outro, ou, ainda, um estar apartado do outro. De fato, esses dois horizontes guardam características diferentes,<sup>33</sup> mas

<sup>30</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

<sup>31</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p.102.

<sup>32</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45-47.

<sup>33</sup> Jean Ladrière, em "Filosofia e práxis científica", escreve: "[...] A exploração do primeiro horizonte, o do mundo, se faz pelo conceito operatório e a exploração do segundo horizonte se faz pelo conceito especulativo. Aqui, sem dúvida, fica reconhecida a distinção dos

que mantêm uma relação de interdependência, interpenetração, ou seja, sem excluir a contribuição de um para o outro, a filosofia lida com o mundo da vida buscando uma interpretação universalizante deste; ao passo que a ciência operacionaliza o mundo da vida a partir de um fundamento não questionado: “[...] *O horizonte do mundo (ciência) está fundado no horizonte do ser (filosofia), mas o horizonte do ser só recebeu seu conteúdo do horizonte do mundo*”<sup>34</sup>. A ciência, vista a partir de seu fim, guarda pressupostos filosóficos – ora, como pensar a ciência moderna sem remetermos à visão platônica e cartesiana de mundo. Por outro lado, a filosofia não é “em-si”, apartada do mundo da vida operacionalizado e conhecido pela ciência, mas sim está em constante diálogo com este. Assim, ambas, filosofia e ciência, buscam compreender o mundo da vida, porém cada investigação com características próprias, o que de modo algum invalida uma ação cooperativa entre ciência e filosofia, mas sim estimula um saber fundado na referida inter-penetração que tem como resultado um olhar totalizante, sendo, portanto, indevidas as críticas formuladas no sentido de que a ciência pôs fim ou empobreceu a filosofia ou, ainda, que a ciência de nada tem haver com a filosofia.

Trazendo a análise de Ladrière para a reflexão de Viehweg vemos que ambos dizem algo convergente: não existe dogmática sem zetética. Estamos falando de um único objeto de estudo, qual seja, o Direito. Deste objeto cabem duas formas de investigação, duas modalidades de estudo. A zetética privilegia o viés problematizador e tem como resultado o fundamento racional do Direito. No entanto, apenas com um enfoque zetético o estudo do direito restaria um tanto que cocho, posto que careceria de um viés operativo. É justamente neste ponto que entra a dogmática, já que esta busca fornecer ferramentas, instrumentos, ao operador do direito para a solução de casos concretos, implicando na ausência de um questionamento ao fundamento do direito ao molde zetético.<sup>35</sup> Assim, dogmática e zetética se complementam, à medida que a dogmática fornece o aparato prático ao estudo problematizador da zetética;

---

domínios respectivos da ciência e da filosofia” (LADRIÈRE, Jean. **Filosofia e práxis científica**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1978.).

<sup>34</sup> LADRIÈRE, Jean. **Filosofia e práxis científica**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1978. p. 26.

<sup>35</sup> Isto não significa que a dogmática não possa trazer idéias que questionem o fundamento do direito, mas estas idéias não têm a natureza zetética, posto que surgem da desconformidade entre a função operativa do direito e sua base filosófica.

ao passo que a zetética fornece o fundamento racional do estudo dogmático, permitindo que “[...] a *dogmática jurídica* [argumente] *sempre na imanência, o sistema vigente permanece intocado*”<sup>36</sup>, ao passo que a zetética tome uma atitude transistemática.<sup>37</sup> Deste modo, não há hierarquia entre ciência e filosofia, uma vez que zetética e dogmática não estão numa relação de “mais ou menos”, mas sim numa relação de complementaridade. Nenhuma delas pode, por isso, substituir a outra.<sup>38</sup>

Em resumo, a filosofia do direito é uma dimensão fundamental do estudo jurídico, mais especificamente no campo zetético, posto que “*não há na filosofia – e isto vale naturalmente também para a filosofia do direito – nada que não possa ser problematizado, e a sua própria essência não está exceptuada*”<sup>39</sup>. Ao adotar uma postura especulativa e transistemática, a filosofia do direito fornece o fundamento racional da ciência do direito, a qual, por seu turno, se dedica à solução de problemas práticos, seguindo um horizonte, uma base racional fornecida.

### 2.3. O LUGAR DE UM ESTUDO FILOSÓFICO DO DIREITO NA ATUALIDADE

No texto, até o momento, demonstrou-se a filosofia como um guardador de lugar e intérprete que se relaciona de forma cooperativa com outros campos do saber buscando um saber mais abrangente do mundo da vida. Trazendo isto para o direito, apresentou-se a filosofia do direito, segundo nomenclatura de Viehweg, como o âmbito zetético do fenômeno jurídico, ou seja, o horizonte problematizador, que, ao buscar responder a pergunta “como devo agir?”, obtém como resultado o fundamento racional do direito. Dito isto, construiu-se um entendimento de filosofia e de filosofia do direito, mas, no entanto, qual é o lugar de um estudo filosófico do direito na atualidade?

---

<sup>36</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.12.

<sup>37</sup> Ibid., p. 12.

<sup>38</sup> Cf. Ibid., p. 19.

<sup>39</sup> Ibid., p. 13.

A esta pergunta várias são as respostas. Uma delas é feita por um importante pensador do direito, o polonês Aleksander Peczenik,<sup>40</sup> que encontra uma aplicação da filosofia no direito, não se prendendo a discursos amplamente especulativos, os quais, segundo o referido autor, levariam a aplicação do direito a um turbilhão de constantes mudanças de referenciais teóricos, de “modismos” filosóficos, prejudiciais à segurança jurídica. Desta forma, o direito não pode ficar à mercê das variações filosóficas, mas sim a filosofia deve servir de ferramenta para o direito ou, em outras palavras, a filosofia deve se entregar ao Direito – e não o oposto. Isto deve ser feito através de filosofias fracas, que, no sentido atribuído por Peczenik, ao contrário das filosofias fortes, não fixam rigidamente diretrizes, mas sim se preocupam em reconhecer dimensões, contudo sem preenchê-las com qualquer conteúdo pré-determinado – o que deve caber à dogmática jurídica. Com isso, a filosofia deve servir como coordenadora da dogmática jurídica, podendo-se servir de inúmeras teorias, desde que cumpram o seu papel. Para fugir de um isolamento filosófico ou fragmentação filosófica, o autor sugere três pontos: 1) criar uma lista de possíveis conexões entre dogmática do direito e filosofia; 2) adotar grupos de filosofias que podem fazer sentido a uma dogmática jurídica; 3) evitar qualquer compromisso com teorias filosóficas fortes, assim como para um objetivo de estabilidade da dogmática jurídica e por causa do inevitável conhecimento limitado das escolas jurídicas.<sup>41</sup> Seu pensamento culmina na aplicação de maneira argumentativa destas filosofias ditas fracas. Assim, em meio às diferentes correntes filosóficas o jurista deve se apropriar de uma ou algumas filosofias fracas com a finalidade de atingir um discurso mais adequado numa circunscrição espacial e temporal.

O pensamento de Peczenik traz importantes contribuições, porém chega a conclusões e aplicações da filosofia do direito que merecem críticas. A finalidade da filosofia a que Peczenik chega é a utilização da filosofia como instrumento argumentativo para a solução de problemas concretos, devendo o operador do direito se apropriar de diversas teorias filosóficas – no campo da moral, por exemplo, o imperativo categórico kantiano e a *eudaimonia*

---

<sup>40</sup> Cf. PECZENIK, Aleksander. Can philosophy help legal doctrine? **Ratio Juris**. v. 17, n. 1, p. 106-117, 2004.

<sup>41</sup> Cf. Ibid.

aristotélica<sup>42</sup> – e aplicando-as conforme a necessidade argumentativa. Este uso da filosofia do direito a torna um verdadeiro Frankstein de teorias, as quais são instrumentalizadas de acordo com a necessidade de cada litigante: para cada caso, cada interesse, uma filosofia que dá sua base de sustentação. A filosofia deixa de ser uma preocupação sincera com a compreensão coerente do mundo da vida para ser aplicada como meio sofisticado para a vitória em debates. Assim, faço uso da *eudaimonia* aristotélica, se for de meu interesse, mas porque não defender o imperativo categórico kantiano para uma situação similar quando tenho o interesse oposto? Ainda com maior intensidade, como fica a situação do magistrado ao fazer uso de diferentes posicionamentos filosóficos contraditórios para justificar pontos de vista opostos? Fica evidente a impossibilidade de aplicação de uma verdadeira filosofia do direito aos moldes de Peczenik, já que, considerando o entendimento de filosofia e filosofia do direito destacados nesta dissertação, encaminharia a uma dogmática completamente difusa e sem consistência, como, de há muito, já apontava Viehweg:

[...] se imagina que en un análisis jurídico se mezclan argumentos com bases ontológicas, neokantianas o marxistas recíprocamente excluyentes, sin separarlos y hasta sin reconocerlos como tales y mezclando los unos com los otros. Una tal dogmática jurídica se ocuparía justamente de disolverse a sí misma.<sup>43</sup>

Diante dos argumentos acima expostos, não pode prevalecer a construção teórica de Peczenik. Afastadas tais idéias, retornamos ao ponto de partida: qual é o lugar de um estudo filosófico do direito na atualidade? Observando o que fora exposto nos tópicos anteriores, vimos que a filosofia do direito não tem uma função prática imediata, a qual cabe à dogmática jurídica, eis que se ocupa com a instrumentalização de um saber com a finalidade primeira de solucionar problemas concretos. À filosofia do direito compete um saber problematizador, porém não destituído de utilidade, à medida que a filosofia do direito, num diálogo com o mundo da vida, tem como resultado um fundamento

---

<sup>42</sup> Cf. Discussão clássica em torno do critério para o agir. Kant coloca o referencial para o agir no campo deontológico, através do chamado imperativo categórico (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.); já Aristóteles fixa o critério para o agir na felicidade, *eudaimonia* (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: EDIPRO, 2002.).

<sup>43</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 27-28.

racional para o direito, uma base onde a dogmática opera seus mecanismos. Vale ressaltar também que a relação entre filosofia do direito e dogmática do direito não é estanque, mas, pelo contrário, uma relação de cooperação, na qual os diferentes enfoques jurídicos são levados em conta para a construção de um conhecimento totalizante a respeito do direito, sem ignorar os fundamentos filosóficos e sem deixar de lado o aparato científico jurídico. Portanto, a filosofia do direito tem utilidade, posto que permite um saber do direito mais abrangente, porque, numa visão cooperativa dos saberes, evita um saber compartimentado e especializado sem um fundamento racional.

Neste contexto, alguns estudos têm fugido de uma análise meramente técnica do direito aliando a esta uma leitura zetética, em especial da filosofia do direito. No campo processual se destaca a escola gaúcha denominada formalismo-valorativo,<sup>44</sup> a qual compreende a necessidade de pensar o processo além dos fatores meramente técnicos, mas guiados por um determinado horizonte. Tal horizonte, na contemporaneidade, é o Estado Democrático Constitucional, ou seja, um Estado pautado na força ideal e normativa superior da Constituição, assim como na preocupação participativo-democrática dos indivíduos na vida pública. Note-se que no formalismo-valorativo busca-se o retorno de debates transistemáticos, filosóficos, no direito, sobretudo ao fixar um novo paradigma para o processo: do positivismo ao Estado Democrático Constitucional, tendo em vista sua maior adequação à conjuntura atual. Outro ponto de destaque do formalismo-valorativo é com a metodologia jurídica, ou seja, como pensar o processo na prática e seus desdobramentos a partir da referida idéia de Estado Democrático Constitucional. Esta metodologia é pautada num apego temperado ao formalismo, pois este é municiado por questões valorativas advindas do ordenamento jurídico. Todavia, esta temática será abordada com maior profundidade na seqüência desta dissertação, tendo aqui caráter ilustrativo.

---

<sup>44</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. Tese doutorado, UFRGS; ZANETI JR. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Diante do exposto, ficou fixada uma compreensão de filosofia como guardião de lugar e intérprete, o que leva a um entendimento da filosofia jurídica com características diferentes, porém não apartada, da ciência do direito: esta tem caráter operativo, enquanto aquela problematizador, resultando dessa relação um estudo que reúne os fundamentos racionais do direito e sua dinamização prática para solução de conflitos concretos, sendo esta conjunção a forma mais adequada de aproximação do objeto Direito, eis que um complementa o outro, já que ciência e filosofia não têm uma relação de exclusão, mas de complementaridade. Seguindo este entendimento, estudar filosofia do direito hoje tem utilidade se pensarmos uma relação cooperativa entre os saberes – sem que a filosofia se sobreponha aos demais saberes, mas sim mediando-os, conforme exposto no primeiro item deste capítulo -, quando a filosofia traz uma leitura transistemática e a dogmática uma leitura intra-sistemática, o que nos permite ver o Direito entrelaçando fundamento racional e técnica, filosofia e ciência.

#### **2.4. FILOSOFIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO PROCESSO, TEORIA GERAL DO DIREITO E DO PROCESSO E DOGMÁTICA DO DIREITO.**

Visando concluir e dar contornos mais precisos ao quadro dos fundamentos preliminares até aqui construídos, cumpre abordar a nomenclatura “filosofia do processo”, bem como relacionar filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmático do direito.

A partir do século XIX, com Ludwig v. Almendingen e Bordeaux,<sup>45</sup> o termo filosofia do processo tem aparecido cada vez com maior intensidade no campo teórico do Direito. Neste particular, adotando entendimento diverso de Willis

---

<sup>45</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 994-995 (nota 7). Na referida nota, o autor faz uma compilação de inúmeros nomes que trazem esta idéia.

Santiago Guerra Filho,<sup>46</sup> entendo que a utilização da referida nomenclatura é descartável. Isto, pois o uso do termo “filosofia do processo” atende apenas a uma tentativa de especialização da filosofia, sem, contudo, representar uma mudança significativa da abordagem filosófica existente numa filosofia geral ou filosofia do direito. Em outros termos, não existe nenhuma peculiaridade de tratamento numa análise filosófica do processo que justifique a formulação de nomenclatura diversa à tradicional e suficiente “filosofia do direito”. Com isso, a princípio, falar em filosofia do processo – ou não – é um rigor dispensável, podendo, com isso, ser descartado.

De toda sorte, diante da dispensabilidade terminológica do termo filosofia do processo, é possível se falar em uma filosofia do direito com incidência sobre o processo civil enquanto abordagem zetética deste. Tal estudo se dedica a problematizar, em seus fundamentos, a prática processual, isto é, através de uma postura transistemática, a filosofia do direito incidente sobre o processo visa a questionar os elementos primeiros da processualística. Entender que o processo - e inserido neste gênero o processo civil - só pode ser encarado sob uma perspectiva dogmática é um grande erro, como já demonstrado, uma vez que a determinação da natureza do estudo não é propriedade do objeto cognoscível ou do sujeito cognoscente, à medida que a projeção de um estudo zetético ou dogmático é próprio do enfoque, do caminho percorrido. Com isso, afastando qualquer equívoco remanescente da exposição anterior, é possível haver um estudo dogmático do direito penal, por exemplo, com a interpretação do direito simplesmente posto; ou, sob outra perspectiva, um estudo zetético, através de uma visão sociológica da função e resultado das penas aplicadas a determinado grupo social, bem como uma visão filosófica através da reflexão acerca da justiça da pena restritiva de direitos. Da mesma forma acontece com o processo civil, com a interpretação do direito simplesmente posto; ou uma reflexão acerca da morosidade do processo e sua repercussão na idéia de justiça.

Paralelamente à filosofia do direito incidente sobre o processo civil há a teoria geral do processo. Esta forma de observar o processo irá atuar com alguns

---

<sup>46</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 994-995.



elementos da filosofia do direito e outros da dogmática processual, sendo, com isso, um estudo híbrido e completamente próprio, conforme será exposto. A Teoria Geral do Processo nasce, assim como a Teoria Geral do Direito, de uma preocupação com a generalização dos conhecimentos. No plano geral se fala em Teoria Geral do Direito, enquanto no plano do processo fala-se em Teoria Geral do Processo. Ambos têm em comum o fato de serem um estudo objetivo e com caráter científico que visa compreender as relações jurídicas, assim como o comportamento humano<sup>47</sup> - neste último acentua-se o aspecto processual, em especial os conceitos, princípios e instituições comuns aos variados ramos processuais.<sup>48</sup>

De acordo com Kauffmann,<sup>49</sup> a teoria geral do direito – e nesta esteira a teoria geral do processo – são como filhos da filosofia do direito, os quais cometeram parricídio em nome da ciência, pois possuem características de um estudo filosófico mesclados com características de um estudo científico: trata-se de uma zona de transição entre ciência e filosofia. A característica central do estudo científico se deve ao fato de trabalhar com os conteúdos do direito simplesmente dado, ou seja, trabalha intrasistematicamente, conquistando sua generalidade conceitual a partir do direito positivado. De outro lado, não encontra uma identidade estrita com a dogmática do direito, posto que trabalha, também, transistematicamente, à medida que especula acerca das diferentes teorias, como a idéia de ação que varia em muitos autores, dentre eles Celso, Windscheid, Muther, Plóz, Degenkolb, Mortara, Wach, Chiovenda, Couture e Liebman.<sup>50</sup>

Diante do acima consignado, Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Processo, embora possuam características próximas à filosofia, não se confundem com esta, eis que levam em consideração o lado especulativo e o ponto de vista científico, fazendo jus a frase de Kauffmann acima mencionada.

---

<sup>47</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 24.

<sup>48</sup> Cf. MESQUITA, Gil Ferreira. **Fundamentos constitucionais do processo**: delineamentos para uma teoria geral. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 02 de jul. 2009.

<sup>49</sup> Cf. KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 141.

<sup>50</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Embora haja essa distinção tênue mas bem precisa, muitos autores confundem a Teoria Geral do Processo com a Filosofia do Direito incidente sobre o processo. Exemplificativamente, tomemos como referência a obra de William Couto Gonçalves, jurista Espírito-Santense, que escreveu “Uma Introdução à Filosofia do Processo”<sup>51</sup>. Nesta obra o autor realiza um trabalho extenso, porém pouco incisivo no tocante ao aspecto filosófico. Isto, pois o primeiro terço da obra é dedicado a fazer história do processo, partindo do mundo “primitivo” à atualidade, o autor demonstra de maneira histórica as características do processo em cada período até culminar no processo atual; enquanto no restante da obra o autor se dedica a estudar as teorias da ação, do processo e da jurisdição, temas clássicos de Teoria Geral do Processo. Enfim, dado a este enfoque que privilegia o levantamento histórico e de Teoria Geral do Processo, pode-se afirmar que a obra “Uma Introdução à Filosofia do Processo”, o autor, Willian Couto Gonçalves, se ocupa de modo contido com a temática própria da filosofia do direito incidente sobre o processo, transparecendo confusão entre Teoria Geral do Processo e Filosofia do Direito que reflete acerca do processo.

Retornando à empreitada deste tópico, resta relacionar filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmática do direito. Já foi dito anteriormente que a zetética fixava os fundamentos racionais do direito, enquanto a dogmática parte da zetética para construir o aparato operativo do direito. Mas resta saber, qual é o lugar da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo?

A teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo foram colocadas como pontos de transição entre a ciência do direito e a filosofia do direito – com características de um e outro. Foi exposto, também, que a Teoria geral do direito e a teoria geral do processo funcionam como catalisadores de uma generalidade intrasistemática sem recusar um debate reflexivo no seu âmbito de estudo. Assim, a Teoria geral do direito e a teoria geral do processo trabalham com o conteúdo fornecido pela dogmática jurídica, com as reflexões dogmáticas, mas sem se resumir a ela, posto que generalizam seu objeto, a

---

<sup>51</sup> Cf. GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

fim de conquistar um debate transistemático, próprio da filosofia do direito – e é desta forma que a Teoria geral do direito e a teoria geral do processo mediam filosofia do direito e dogmática do direito. Cabe à filosofia do direito refletir acerca dos temas mais amplos, com características problematizadoras e reflexivas. Passando à Teoria Geral do Direito e do Processo, que se incumbem de refletir, a partir do aparato positivado, os temas gerais do direito e do processo, como jurisdição, ação e defesa, mas sem se resumir a reproduzir o conteúdo fornecido pelo direito positivo. Por fim, tem-se a dogmática do direito, e nesta a dogmática processual, a quem cabe resolver os problemas concretos, tendo em vista os horizontes retro mencionados, quais sejam, a filosofia do direito - encadeadora de uma racionalidade jurídica e processual – e a Teoria Geral do Direito e do Processo, que determinam uma racionalidade intrasistemática. Assim, segue-se a seguinte cadeia, segundo Viehweg,<sup>52</sup> “[...] filosofía del derecho – teoría del derecho (en el viejo sentido) - , dogmática jurídica”<sup>53</sup>. Isto significa, segundo o mesmo autor, que “[...] de la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, em tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica”<sup>54</sup>. Repita-se que isto se deve à necessidade da dogmática jurídica ter em vista reflexões mentais generalizadoras próprias da Teoria Geral do Direito e do Processo, bem como ter em vista um horizonte problematizador próprio da filosofia do direito.<sup>55</sup>

Portanto, restou demonstrado que a nomenclatura “Filosofia do processo” é dispensável, tendo a função meramente de determinar o ponto de incidência da filosofia do direito sobre o processo, bem como a distinção desta com a Teoria Geral do Direito e do Processo, que têm função generalizadora dos conteúdos positivados sem se resumir a um estudo dogmático, posto que reflète transistemáticamente. Vimos, ainda, a relação em forma de cadeia entre a dogmática processual, a Teoria Geral do Direito e do Processo e a filosofia do processo, eis que o horizonte filosófico abre uma vereda para o campo jurídico, que é preenchido pelo direito positivo, generalizado pela

---

<sup>52</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 21.

<sup>53</sup> Ibid., p. 21.

<sup>54</sup> Ibid., p. 21.

<sup>55</sup> Cf. Id. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/dcantauros/v/vierwegnpdf.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008.

Teoria Geral do Direito e do Processo e culmina na dogmática processual para a solução de problemas concretos.

Após as considerações presentes neste tópico e nos anteriores, fecho estes fundamentos preliminares com a idéia da filosofia como guardiã de lugar e intérprete, que, aplicada à filosofia do direito, demonstra um papel de cooperação no estudo jurídico, porquanto os fundamentos racionais refletidos no âmbito filosófico são acompanhados da produção científica da dogmática do direito, da teoria geral do direito e do processo, conquistando-se uma visão totalizante do objeto de estudos, o Direito. Feito isto, o próximo capítulo tem por escopo apresentar as diferentes fases metodológicas do processo civil no Brasil para, no terceiro capítulo, demonstrar como o formalismo-valorativo, atual fase metodológica do processo civil no Brasil, encontra seu fundamento racional em uma filosofia discursiva da democracia, mais especificamente, a filosofia habermasiana.

### **3. PARADIGMAS DO PROCESSO CIVIL E O FORMALISMO-VALORATIVO**

#### **3.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO COMO FENÔMENO SOCIAL E DA METODOLOGIA**

O presente capítulo tem a finalidade de apresentar os diferentes paradigmas que o processo civil atravessou, culminando, na atualidade, com o formalismo-valorativo. Todavia, previamente é necessário que se façam considerações acerca da construção do direito como fenômeno social, bem como acerca de aspectos metodológicos deste estudo histórico.

Analisando a figura do direito processual civil, existe, ainda hoje, uma idéia difundida de que o processo civil tem cunho apenas técnico, ou seja, tal ramo do direito se ocupa de algumas regras que, se operadas com o máximo de neutralidade, permitem a aplicação do direito material. Historicamente outras concepções do direito processual civil mostram-no como o direito material em ação, como será visto adiante.

No entanto, estas concepções não podem ser tomadas como referencial último numa análise histórica, porquanto, no estudo histórico subsequente, observar-se-á que o processo civil no Brasil passou por inúmeras fases metodológicas, ora com característica apenas técnica, ora levando em conta as finalidades do processo, dentre outras possibilidades. Diante disto, o processo tem que ser observado como um fenômeno cultural, como resultado de construções, auto-compreensões, conquistas políticas e sociais de uma determinada sociedade. O que pode parecer um grande desserviço ao processo civil, como o engessamento dos juízes no modelo probatório da fase colonial, na verdade se mostra plenamente justificável sob o ponto de vista daquela sociedade, pois a rigidez daquele modelo probatório tem como fundamento histórico a desconfiança que aquela sociedade tinha com relação a possíveis pressões e subornos sobre os juízes, além da possibilidade de influência do magistrado na produção da prova, violando, com isso, a estrutura argumentativa do processo.

Dentro deste contexto, o direito, assim como qualquer elemento social, não é neutro, mas é tomado por fatores sociais que não podem ser hermeticamente separados do plano jurídico, eis que inserido na estrutura social, sob pena de restar uma análise simples e ingênua. Em outras palavras, o direito não pode se resumir a um estudo da legalidade, mas deve-se ver essa legalidade fundamentada dentro de um plano histórico-social, que influencia não somente o direito positivado, mas também as práticas jurídicas, interpretativas e a sistematização do direito de um tempo.

Desta forma, se o processo civil é um fenômeno cultural, isto é, tem *marcas* da sociedade que o legitima, deve-se empreender um estudo histórico que fuja a considerações voltadas tão só à legalidade, trazendo para a discussão fatos históricos que norteiam as transformações ou positivações ocorridas. Somente uma análise que extrapole as fontes formais do direito, como o processo legislativo, indo às formações sociais que resultam nas figuras normativas que são conhecidas pelo cientista do direito, ou seja, que dão suporte à concretização do direito através das fontes formais - que são denominadas pelos livros propedêuticos de fontes materiais do direito - leva em conta verdadeiramente este cunho cultural do processo civil.

Decorre desta compreensão do direito processual civil como fenômeno cultural o fato de que cada sociedade, com seus próprios traços sociais, políticos e sociais, tem o seu direito. Até mesmo o intercâmbio de idéias e institutos jurídicos entre Estados, intensificado com a globalização e o suprimento de todo e qualquer distanciamento com o aperfeiçoamento dos meios de transporte e de comunicação, está inserido nesta dinâmica político-sócio-cultural. Isto, pois este intercâmbio nunca é simplesmente uma troca pura, posto que a implementação de idéias e institutos em outras localidades representa sempre uma recepção criativa,<sup>56</sup> ou seja, os institutos jurídicos são recebidos e “aclimatados” à realidade político-sócio-cultural do “importador”, de modo que podemos afirmar que o sucesso de um instituto ou conceito trazido de uma sociedade não está garantido em outra sociedade e vice-versa. Em resumo, o direito não existe por si só, como técnica e ciência

---

<sup>56</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-186.

independentes, mas fica sujeito, inclusive em sua criação e formatação, a uma dada realidade. Assim, este estudo histórico irá se empenhar em estudar as fases metodológicas do processo civil *brasileiro*, analisando certas tendências internacionais somente quando tenham relevância para a história brasileira, nos moldes de uma recepção criativa.

Ainda a título introdutório, vale destacar que a forma de aproximação do objeto de estudo neste capítulo, as fases metodológicas do processo, se dará por meio dos tipos ideais de Weber.<sup>57</sup> Tal autor utiliza como norteador para o estudo da realidade o que ele denominou tipos ideais. Estes tipos são construções metodológicas que não se confundem com a realidade propriamente dita, posto que se configuram como caricaturas, ou seja, dizem algo a respeito do real de forma extremada, exagerada em elementos que podem ser encontrados na realidade. Mais especificamente os tipos ideais enaltecem os pontos mais marcantes e característicos de um fenômeno inserido no mundo do ser.<sup>58</sup> A fim de tornar mais claro o que está sendo dito aqui, tome-se como referência a clássica obra de Weber, “A ética protestante e o espírito capitalista”. Nesta obra, Weber procura entender, de modo aproximado,<sup>59</sup> como o capitalismo moderno (um tipo ideal) teve seu desenvolvimento diferenciado e mais incisivo nos países europeus e nos Estados Unidos em virtude de sua ligação com a ética do protestantismo ascético (outro tipo ideal). A racionalidade do capitalismo moderno, isto é, do agir almejando o lucro e este visto como um dever, obrigação, vocação, dependeu, dentre outros fatores, da ética protestante, cujo *ethos* viabilizou o rompimento da condenação ou tolerância ao lucro, que deu lugar a uma valorização deste, dada a visão de predestinação, a partir da reforma

---

<sup>57</sup> WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito Capitalista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez e Editora UNICAMP, 1992; PAIVA, Luís Henrique. A objetividade do conhecimento em Max Weber. **Temáticas**, Campinas, ano 3, n. 5/6. p. 9-36, 1995.

<sup>58</sup> Com esta consideração fica evidente que Weber não fixa os tipos ideais como espécies condicionantes da realidade, como dever-ser, mas apenas como decorrentes de uma compreensão do mundo do ser.

<sup>59</sup> Para Weber o conhecimento é sempre aproximado, finito de um infinito. A objetividade do conhecimento, em Weber, é garantido por uma sustentação inter-subjetiva, à medida que é aferida por uma re-experimentação por outros pesquisadores ao fazerem o mesmo recorte do objeto. Portanto, segundo Weber, toda pesquisa é um recorte da realidade e construída a partir da subjetividade de um pesquisador, mas é capaz de objetividade através da já referida inter-subjetividade (pode-se falar, inclusive, em uma neutralidade).

protestante (sobretudo o calvinismo). Diante desta breve incursão no pensamento de Weber, vemos que os tipos ideais constroem uma compreensão baseada na realidade, destacando seus pontos mais marcantes, sem, contudo, corresponder a uma reprodução.

Neste capítulo os tipos ideais construídos serão quatro, a saber: formalismo pré-cientificista, formalismo cientificista, instrumentalidade das formas e formalismo-valorativo. Através destes quatro tipos ideais é possível dar conta da racionalidade que cercou o processo civil brasileiro na história, desde um período que o processo era aplicado de forma rígida e hermética, passando pela preocupação com os escopos do processo, até culminar com a virada neoconstitucional no campo processual. Neste ponto vale reiterar que os tipos ideais representam caricaturas, paradigmas, modelos predominantes que permitem explicar o mundo do ser, nada impedindo que num mesmo contexto histórico coexistam algumas exceções a este modelo predominante, práticas peculiares a diferentes paradigmas.

Para encerrar esta introdução, cumpre fazer algumas considerações acerca da noção de “formalismo”, termo este presente explicitamente no título de três das quatro fases metodológicas – formalismo pré-cientificista, formalismo cientificista e formalismo-valorativo -, mas implicitamente em todas as fases metodológicas.

O termo “formalismo”, segundo Alvaro de Oliveira, devém da idéia de forma no direito. Forma compreendida como “[...] exigência de afirmar-se a função estabilizadora do direito, com vistas a se privilegiar, para além dos valores substanciais, valores puramente formais, tais como a ordem, a permanência e a coerência”<sup>60</sup>, sendo, desta forma, característica inerente ao fenômeno jurídico. Conforme este entendimento, forma pode ser de três modalidades<sup>61</sup>: 1) forma em sentido estrito, que seria a forma que reveste o ato processual, ou seja, cuida “[...] do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração”<sup>62</sup>; 2) formalismo ou forma em sentido amplo, isto é, forma que preside a totalidade do processo, que dá ordem à desordem ao dar limites, direitos e deveres às partes e certa

---

<sup>60</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

<sup>61</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>62</sup> Ibid., p. 6.



previsibilidade ao procedimento; ou 3) formalidades, ou seja, forma como exigências do processo, tais como citação, os prazos, a audiência, dentre outros. O formalismo, portanto, é mais amplo que as formalidades e a forma em sentido estrito, englobando-os, à medida que a compreensão global do formalismo no processo leva em conta os meios de execução dos atos e as fases do processo, porém ultrapassa esses elementos,<sup>63</sup> conforme fica claro na citação abaixo:

O formalismo, ou 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 ser 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. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. 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 partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitir a igual realização do direito material, na medida em que a discricão do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Pensando nos jogos de linguagem, coma finalidade de controlar o uso dos termos “forma” e “formalismo”, durante a dissertação será aplicada, via de regra, a compreensão de “forma” e “formalismo” como “forma em sentido amplo”, nos termos colocados por Alvaro de Oliveira e exposto acima, não se confundindo, por exemplo, com a “forma” da lógica.

<sup>64</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009.

Assim, o formalismo está em todo processo, variando apenas suas características – o que implica numa diversificação nas formalidades e na forma em sentido estrito. Neste caso, cada fase metodológica estudada contará com um formalismo dotado de certas características, mais rígido ou mais temperado, que deverão ser levados em conta no momento da análise histórica.

### 3.2. O FORMALISMO PRÉ-CIENTIFICISTA

A primeira fase metodológica, como já apontado, é o formalismo pré-cientificista. Com isso, o ponto de partida deste esforço histórico ignora as formas organizacionais nativas, restringindo o recorte a partir da chegada dos portugueses no Brasil. E a partir deste evento o Brasil tornou-se colônia de Portugal, ficando, em virtude disto, sujeito ao direito português. Portanto, num significativo período da história brasileira, mais especificamente até o século XIX, torna-se necessário compreender como a legislação portuguesa foi encarada em terras brasileiras.

Num primeiro momento, embora muito curto, a legislação portuguesa aplicada no Brasil eram as leis gerais e os forais, segundo os quais os donatários das capitanias hereditárias acumulavam as funções de administrador, legislador e juiz. Contudo, em virtude do fracasso econômico do sistema de capitanias hereditárias, a metrópole promoveu uma centralização administrativa, nomeando-se um governador-geral. Com isso, o poder descentralizado e localizado nas mãos dos donatários dá lugar a um poder centralizado e localizado nas Ordenações do Reino, verdadeiras compilações das leis gerais existentes. Segundo Wolkmer,<sup>65</sup> é a partir desta modificação que no Brasil inicia-se a profissionalização e a burocratização do sistema e dos seus operadores.

As Ordenações do Reino tinham inspiração no direito romano-canônico, já que, de um lado, a revisitação do *corpus iuris civiles*, iniciada na baixa idade média, tem destaque nas universidades e tratados de direito, além de servir de

---

<sup>65</sup> Cf. WOLKMER. **Fundamentos da história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

norteador para criação de leis, eis que o diploma romano era tido como perfeito<sup>66</sup>; e de outro lado, o direito canônico através da influência da igreja em toda sociedade portuguesa da época, em virtude do grande número de fiéis que se submetiam a tal direito.<sup>67</sup> Esta influência era tão significativa que, na prática, chegou-se a criar um costume *contra legem* de aplicar, com base nos tratados jurídicos e nos ensinamentos das universidades, o direito romano-canônico, mesmo em pontos que as Ordenações disciplinassem de modo diverso.<sup>68</sup>

Neste panorama, as mais importantes ordenações foram: Afonsinas (1446 ou 1447), Manuelinas (redação revisada e definitiva de 1521) e Filipinas (em vigor a partir de 1603).<sup>69</sup>

No que diz respeito ao aspecto processual, as Ordenações tinham a mesma linha do direito comum europeu, onde prevalecia o *iudicium*, ou seja, a racionalidade processual para resolução de litígios visava a fazer justiça, isto é, dar a cada um o que é seu, segundo a máxima de Justiniano.<sup>70</sup>

O procedimento era basicamente escrito – e, em decorrência disto, extremamente formal –, demonstrando uma preocupação com a segurança jurídica e desconfiança na figura do juiz, possivelmente um ranço histórico europeu, herdado pelo direito brasileiro por causa da estrutura metrópole-colônia. Esta desconfiança é materializada no afastamento do juiz na produção da prova (*iudex non potest in facto supplere*) – como no caso da prova testemunhal feita secretamente através de um inquiridor e perante um tabelião – e a valoração legal da prova – existindo uma série de dispositivos legais que impunham a importância das diferentes provas, sendo exemplo a determinação de que a prova documental tem maior relevância *a priori* que a prova testemunhal. A criação de regras formais e aritméticas de análise de provas

---

<sup>66</sup> Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milênio. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.

<sup>67</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>68</sup> Ibid., p. 37.

<sup>69</sup> Há grande divergência no que tange as datas das Ordenações citadas. O referencial adotado foi o trazido por Alvaro de Oliveira no livro “Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>70</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade**: história e perspectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 385.

tinha a finalidade de evitar pressões e subornos sobre os juízes,<sup>71</sup> além da possibilidade de influência do magistrado na produção da prova, violando, com isso, a estrutura argumentativa do processo. Decorre disto, que o papel do juiz era extremamente passivo na demanda, quase um árbitro, pois deveria julgar conforme o que fora alegado e provado,<sup>72</sup> resultando numa valorização no papel das partes no processo: “[...] às partes cabia não só a iniciativa da demanda como o seu movimento e a formação do material destinado à convicção do juiz. Autor e réu eram senhores absolutos da lide, *domini litis*”<sup>73</sup>. Neste particular, prevalecia uma lógica Aristotélica, ou seja, baseada na argumentação dialética e a relação entre os sujeitos do processo – autor, réu e juiz – era simétrica. Portanto, competia ao juiz seguir as fases rigidamente determinadas do procedimento e julgar de acordo com o material produzido pelas partes.<sup>74</sup>

Neste período o direito processual era visto num sincretismo com o direito material, à medida que o direito processual nascia da violação do direito material subjetivo e era tido como mero encadeamento de fases. Em outras palavras, o processo resumia-se a um procedimento ou um rito, enquanto mera seqüência de atos, visando a viabilizar a aplicação do direito material violado. Nesta fase os conhecimentos eram fruto de experiências empíricas, ou seja, sem uma teorização acerca do processo, uma vez que era visto como mero procedimento. Esta imbricação entre direito material e direito processual era tão extrema que este tinha forte influência privatista daquele.

Outra característica dessa dinastia processual era o raciocínio jurídico marcado por uma submissão aos textos romanos, em especial ao *corpus iuris*

---

<sup>71</sup> Merryman (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 5. Ed. México: FCE, 2000. p. 222-223) coloca que o testemunho de anciões tinham peso maior (aritmético) em relação ao testemunho de jovens, dentre outras diferenciações. Além disso, permitiu-se a exclusão de testemunhos, destacando-se o impedimento das partes, parentes e de terceiros interessados. Tais impedimentos se deviam à tentativa de evitar o perjúrio. Por fim, vale destacar o juramento decisório, o qual funcionava através da solicitação de uma parte que a outra prestasse juramento acerca de um fato controvertido: se houvesse juramento o fato ficava provado positivamente; se não houvesse, ficava provado negativamente (a base desta idéia esta na forçada religião e da possível punição penal de perjúrio).

<sup>72</sup> *Secundum allegata et probata* e não *secundum conscientiam*.

<sup>73</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

<sup>74</sup> De acordo com Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36), a pequena parcela de iniciativa concedida ao juiz era para, de ofício, interrogar as partes, tanto para ordem como para a decisão da causa.

*civiles*. Tanto era, que a atuação jurídica tomava como ponto de partida o conteúdo dos textos romanos e as exegeses existentes, que, associado à argumentação de cunho aristotélico, era aplicada ao caso concreto, tendo em vista, sempre, repita-se, o *iudicium*. Com isso, tinha-se uma “[...] racionalidade prática, buscando conceber o direito como um problema concreto que o jurista tem de resolver visando o consenso, ao fim e ao cabo, critério de verdade e justiça [...]”<sup>75</sup>, uma verdade provável, inerente à mencionada dialética aristotélica. Resultado disto é a necessidade de colocar os indivíduos em paridade para lograr êxito este método de apuração das verdades.

Portanto, a guisa de encerramento deste tópico, em resumo, adaptando as idéias de Cappelletti e Garth, as principais características do processo neste período eram: 1) processo predominantemente escrito; 2) juiz apartado das provas, lidando, tão somente, com o processo escrito; 3) sistema legal de prova; 4) processo com andamento dependente das partes; 5) excessiva duração dos processos.<sup>76</sup>

### 3.3. O FORMALISMO CIENTIFICISTA

Dando seqüência, a próxima fase metodológica a ser enfrentada é o formalismo cientificista. Nesta fase há presença de um formalismo rígido justificado com base em construções teóricas que culminaram na formatação do direito processual civil como ciência.

O formalismo cientificista teve penetração na Europa a partir do iluminismo, do século XVIII, e consolidando-se, no campo jurídico, no século XIX. Todavia, no Brasil, sua penetração foi um pouco diversa. A elite intelectual tinha contato com as idéias vindas da Europa, à medida que estudavam nas universidades européias, porém a difusão do pensamento iluminista no Brasil foi lenta.<sup>77</sup> Esta

---

<sup>75</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS. p. 57.

<sup>76</sup> Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. apud SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 17.

<sup>77</sup> Tanto é que a lei portuguesa da Boa Razão, de 1769, de forte cunho iluminista, não teve tanto apelo no direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao direito processual civil, mantendo-se a estrutura do direito comum, destacado no tópico anterior.

diferença no tempo se deu em virtude, de um lado, da distância da efervescência européia; e de outro, da recepção modificada das idéias vindas do velho continente. O liberalismo na Europa, uma das bases do iluminismo, foi resultado de uma série de lutas contra os privilégios da nobreza, mais especificamente da burguesia contra o absolutismo, sendo, portanto, diferente no Brasil, posto que tal aparato ideológico funcionou, em terras brasileiras, como suporte aos interesses das oligarquias, o que representou, num contexto pós independência, apenas numa reordenação do poder nacional – permitindo a convivência destas idéias com a escravidão e com um absolutismo mascarado, dentre outros anacronismos.<sup>78</sup> Contudo, mesmo em meio à demagogia mencionada, o liberalismo funcionou como um ideal transformador da sociedade brasileira: do colonialismo à independência.

Neste período histórico há a busca por uma identidade nacional, incluindo uma autonomia jurídica. Com isso, são criadas as primeiras faculdades de direito brasileiras, em Recife e São Paulo, de onde se disseminavam as idéias liberais. Ainda neste período há uma corrida codificadora, com o Código Criminal de 1830 e o Penal de 1890, os Códigos de Processo Criminal de 1832 e de 1871, o Código Comercial de 1850, além de inúmeras leis, bem como a Constituição de 1824.

O marco inicial da transformação para um processo liberal no Brasil foi a Lei de 29 de novembro de 1832, a qual promulgava o Código de Processo Criminal de primeira instância e estabelecia disposições provisórias acerca da administração da justiça civil. Esta lei, conforme destaca Alvaro de Oliveira,<sup>79</sup> mantém a distância do juiz sentenciante em relação à produção da prova,<sup>80</sup> porém demonstra maior flexibilidade ao admitir, em seu artigo 9º,<sup>81</sup> que tal juiz repergunte às testemunhas em sua presença, bem como proceda qualquer outra diligência que julgar necessária para a decisão final. Outras mudanças

---

<sup>78</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

<sup>79</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>80</sup> Art. 8º Os Juizes Municipaes ficam autorizados para prepararem, e processarem todos os feitos, até sentença final exclusive, e para execução da sentença.

<sup>81</sup> Art. 9º Os Juizes de Direito poderão mandar reperguntar as testemunhas em sua presença, e proceder a outra qualquer diligencia, que entenderem necessaria, e julgarão a final.

significativas presentes nesta lei são as contidas nos artigos 10, 11 e 25,<sup>82</sup> os quais, segundo Alvaro de Oliveira,<sup>83</sup> modificam o modo de inquirição de testemunhas, à medida que abolem os juramentos de calúnia e os inquiridores, além de determinar que as testemunhas fossem inquiridas publicamente, pelas partes ou por seus advogados. Uma terceira mudança no processo foi a tentativa legal de pôr limites às grandes discussões presentes no modelo processual das Ordenações, o que ocorreu através da criação do art. 14,<sup>84</sup> que determinava a proibição às partes de réplicas, trélicas e embargos antes da sentença final. Por fim, cumpre destacar a importância dos artigos 15, 18, 19, 21, 22 e 24<sup>85</sup> na unificação das diversas jurisdições.

---

<sup>82</sup>Art. 10. Ficam abolidos os juramentos de calúnia, que se dão no principio das causas ordinarias, e nas summarias, ou no curso dellas, a requerimento das partes, assim como a fiança ás custas, ficando o autor vencido obrigado a pagal-as da cadêa, quando o não faça vinte e quatro horas depois de requerido por ellas.

Art. 11. As testemunhas serão publicamente inqueridas pelas proprias partes, que as produzirem, ou por seus Advogados, ou procuradores, e pelas partes contrarias, seus Advogados, ou procuradores, na fôrma dos artigos 262 e 264 do Codigo do Processo Criminal.

Art. 25. Ficam abolidos os Inquiridores.

<sup>83</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>84</sup> Art. 14. Ficam revogadas as Leis, que permittiam ás partes replicas, e treplicas e embargos antes da sentença final, excepto aquelles, que nas causas summarias servem de contestação da acção. Os agravos de petição, e instrumentos ficam reduzidos a agravos do auto do processo: delles conhece o Juiz de Direito, sendo interpostos do Juiz Municipal, e a Relação, sendo do Juiz de Direito.

<sup>85</sup> Art. 15. Toda a provocação interposta da sentença definitiva, ou que tem força de definitiva, do Juiz inferior para superior afim de reparar-se a injustiça, será de appellação, extinctas para esse fim as distincções entre Juizes de maior, ou menor graduação.

Art. 18. Fica supprimida a jurisdicção ordinaria dos Corregedores do Civel, e Crime, e Ouvidores do Civel, e Crime das Relações, comprehendendo esta suppressão a jurisdicção de todos os Magistrados, que julgam em Relações tanto em primeira instancia, como em uma unica com Adjuntos. Os processos de responsabilidade, e os das appellações, em todas as Relações regular-se-hão pelas duas especies de processo, que tem lugar no Supremo Tribunal de Justiça, e sempre em sessão publica.

Art. 19. Das sentenças proferidas nas Relações do Imperio não haverá mais agravos ordinarios de umas para outras Relações, e só se admittirá revista nos casos, em que as Leis a permittem.

Art. 21. O Governo na organização da nova fôrma de serviço que, em virtude do Codigo Criminal, e desta disposição, deverá executar-se, poderá empregar em lugares de Juizes de Direito, tanto no Crime, como no Civel, os Desembargadores existentes mais modernos, que o requererem, e não forem necessarios á dita nova fôrma do serviço das Relações; os quaes reverterão para ellas, quando lhes tocar por suas antiguidades, que lhes é conservada.

Art. 22. Fica extincta a differença entre Desembargadores Aggravistas, e Extravagantes, e todos igualados em serviço. Igualmente ficam extinctos os lugares de Chanceller em todas as Relações, e estas presididas por um dos tres Desembargadores mais antigos, nomeado triennialmente pelo Governo; e para estes Presidentes, passarão, á excepção das glosas, que estão extinctas, as attribuições dos anteriores Chancelleres.

Art. 24. Os autos pendentes passarão para o Cartorio do Juizo, á que competir a continuação do conhecimento delles; e os findos dos Cartorios extinctos passarão para os Juizos Municipaes.

Contudo, estas transformações não tiveram prosseguimento em virtude do teor do Regulamento n. 143, de 15 de março de 1842, que praticamente fez retornar ao regime das Ordenações.<sup>86</sup> O intento de simplificação do procedimento teve seqüência com o Código Comercial, de 1850, bem como com o regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, editado para o processamento das causas comerciais, com a tentativa de simplificação destas, tal como a redução de exceções das formalidades e o respeito ao princípio da eventualidade.<sup>87</sup> Vale dizer que esta estrutura processual ganha ainda mais importância para o direito nacional, à medida que passou a ser aplicada também nos procedimentos cíveis, a partir do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890.

Do período pós-república até o Código de Processo Civil de 1939, a competência para legislar a respeito de matéria processual foi transferida aos estados. Ocorre que diversos estados mantiveram-se inertes à tarefa de legislar acerca do processo civil, aplicando diretamente o Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890. Já nos casos em que os estados optaram por criar dispositivos legais que regulassem o processo civil, ainda assim o referido decreto serviu de importante fonte de inspiração para criação das normas processuais estaduais. Desta forma, seja aplicado diretamente, seja como fonte de inspiração, consolidou-se o novo modelo de formalismo no processo, onde estavam presentes o despacho saneador, o princípio da oralidade, concentração dos atos e imediação do juiz com as provas.

O formalismo de cunho cientificista obtém seu apogeu com o Código de Processo Civil de 1973, o Código Buzaid, no qual, em sua exposição de motivos, coloca que um código de processo é “[...] uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”<sup>88</sup>. E continua, “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a

---

<sup>86</sup> Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. apud ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

<sup>87</sup> Em virtude desta característica de simplificação do procedimento, Alvaro de Oliveira toma o Código Comercial em associação com o Regulamento como o marco de transição entre a racionalidade das Ordenações para o direito liberal no Brasil.

<sup>88</sup> BUZOID, Alfredo. **Projeto do Código de Processo Civil de 1973: exposição de motivos**. Brasília, 1972. n. 5.



obter a atuação do direito”<sup>89</sup>. Nestas citações encontra-se velada a racionalidade do direito na fase metodológica denominada formalismo cientificista, que passa agora a ser destrinchada.

O ponto de partida que fundamenta o discurso de Buzaid é a transformação do direito processual de um procedimento decorrente da violação do direito material para uma autonomia do direito processual. Esta mudança começa a ser notada na Europa, a partir do século XVII, com Althusius, ao tentar aplicar ao direito a lógica de La Ramée.<sup>90</sup> Com isso, passou-se a questionar e apresentar outra alternativa à idéia de processo como *iudicium*: a alternativa é o *processus*.<sup>91</sup> Por óbvio que não se trata apenas de uma mudança terminológica, posto que, muito mais do que isto, representa uma mudança do olhar frente ao direito processual, uma mudança de perspectiva, mais especificamente, uma mudança de uma lógica prática aristotélica, baseada na argumentação e dialética, para uma lógica formal e demonstrativa. Um dos fundamentos desta inversão foi a preocupação com os intermináveis debates no processo, muitas vezes estéreis e abusivos, que marcaram o período do *iudicium*.<sup>92</sup> Esta transformação fica evidente na seguinte citação de Leibniz:

A aplicação da lógica ramística ao estudo do processo representa, ao contrário [do raciocínio tópico], o momento de transação de um modo de pensar orientado sobre o problema para um modo de pensar sistemático, modelado sobre um saber científico; e o direito processual [*La procedura*], de uma disciplina que estuda verdades ‘prováveis’ se torna, ao menos tendencialmente, uma ciência das verdades ‘absolutas’.<sup>93</sup>

Assim, as idéias de Althusius, com base em La Ramée e fortalecidas pelo coro de Leibniz e Port-Royal, ganharam evidência em virtude da crise da justiça com os debates intermináveis, inerentes ao direito comum, baseados na lógica aristotélica. E como contraponto adotou-se a lógica formal, rigorosa e dedutiva

<sup>89</sup> BUZAID, Alfredo. **Projeto do Código de Processo Civil de 1973**: exposição de motivos. Brasília, 1972. n. 5.

<sup>90</sup> Cf. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>91</sup> Cf. *Ibid.*

<sup>92</sup> Zaneti Jr., citando Picardi, demonstra bem essa crise da justiça: “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 palavra e, portanto, em ‘erística’. Se recorde o problema da falsa testemunha, o *mendacium*, e dos seus remédios””. (PICARDI, N. apud ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2007. p. 79.)

<sup>93</sup> LEIBNIZ. apud ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2007. p. 78.

da modernidade, um verdadeiro sistema fechado, considerado científico - mais acentuada e tendente para a matemática e demais ciências exatas. Com isso, a verdade no processo deixa de estar ancorada nos debates e passa a ser *demonstrada* como resultado de rígidas deduções de princípios gerais, das quais se obtém respostas necessárias. Enfim, a matemática aparecia como uma solução mais eficaz aos problemas sociais, em meio à crise da justiça já mencionada.

Com Althusius a cientificização do direito estava aberta. E no campo processual passou a ser talhada a partir das idéias de Oscar Bülow,<sup>94</sup> que afirmou existir relação jurídica processual – de natureza pública, formada pelas partes e o Estado - distinta da relação jurídica de direito material. Logo, o processo não se dirige à parte, mas ao Estado e o que se busca não é o bem de direito material, mas a tutela jurisdicional. Com isso, está lançada a autonomia do direito processual, que resultou numa corrida da literatura jurídica para entender, desde seus princípios e elementos, esse novo ramo do direito que nascia.<sup>95</sup> Da mesma forma acompanha a idéia de que o processo não deve competir somente às partes, mas era um dever do Estado de julgar as lides, sobretudo para manutenção da paz social e do ordenamento jurídico. Logo, o processo não é mais domínio das partes, mas fica à disposição das partes que devem se sujeitar ao poder jurisdicional do Estado. Assim, as partes em conflito devem buscar a tutela do Estado, que aplicará as normas jurídicas para a solução do conflito e, conseqüentemente, resultando numa aproximação à paz social.

Passando a outra característica desta fase processual, o Estado Liberal Moderno baseava-se na rígida separação entre os poderes. Com isso, competia ao Poder Legislativo a criação das leis gerais e abstratas, restando ao Poder Judiciário apenas a competência de julgar as lides com base nas leis

---

<sup>94</sup> Destaca-se a obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), de 1868.

<sup>95</sup> Dinamarco ressalta este fator: “Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, na investigação em torno do conceito da ação, permitindo chegar até a afirmação de seu caráter abstrato, o que constitui o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia. Além disso, permitiu também toda a exploração desse campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que é o dos fatos e situações jurídicas do processo: surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.).

previamente criadas – princípio da legalidade – de forma científica e politicamente neutra. Assim, o método de aplicação do direito encontrava-se com a idéia positivista de subsunção. De acordo com esta idéia, ao aplicador do direito competia observar o encontro entre fato jurídico e norma geral e abstrata, premissa menor e premissa maior, respectivamente, resultando num choque, ou seja, na subsunção do fato à norma e conseqüente solução e aplicação do direito como conclusão necessária e irrefutável deste silogismo jurídico. Tal silogismo jurídico aliado à teoria de separação rígida de poderes privilegia a segurança jurídica, à medida que toda decisão segue o modelo silogístico de aplicação do direito, evitando qualquer decisão *contra legem*, porquanto a premissa maior sempre será uma norma juridicamente válida,<sup>96</sup> isto é, aquela norma que cumpriu certas formalidades instituídas no sistema – como procedimento correto e órgão competente -, valendo somente como ordem, independentemente de seu conteúdo, traço que é observado por Merryman, pois, segundo a análise do referido autor, “Los casos difíciles, las decisiones injustas, las decisiones poco realistas, son lamentables, pero son el precio que tiene que pagarse por la certeza”<sup>97</sup>, posto que o perfil do magistrado é “[...]la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica”<sup>98</sup>. Desta forma, este modelo, preocupado com a segurança jurídica em primeiro plano, cai num formalismo rígido, o qual visa a preservar a liberdade dos indivíduos frente às arbitrariedades do Estado, bem como garantir uma igualdade formal entre os indivíduos.

Outra característica inerente a essa fase metodológica é que os litígios contemplados pelo ordenamento eram de natureza individual, em especial à questão de contratos e propriedade, sem uma real atenção com processos coletivos.<sup>99</sup> Estes processos entre indivíduos tinham a marca da sociedade

---

<sup>96</sup> Ademais, a segurança após o trânsito em julgado é garantido pela figura da coisa julgada.

<sup>97</sup> MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 5. Ed. México: FCE, 2000. p. 157.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>99</sup> “Os litígios de que se ocupam os tribunais são individualizados no duplo sentido de que têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica e de que ocorrem entre indivíduos. Por outro lado, as decisões judiciais sobre eles proferidas só valem, em princípio, para eles, não tendo por isso validade geral” (SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <[www.anpocs.org.br](http://www.anpocs.org.br)>. Acesso em: 21 jul. de 2009.

burguesa em fase de consolidação, porquanto as soluções dos processos se voltavam para a manutenção do funcionamento dos mecanismos de mercado. Isto ocorre através da unificação do valor dos direitos, tornando-os pecúnia. Assim, evitava-se um tratamento diferenciado entre as partes, seja em virtude da natureza do caso ou da posição social que ocupassem, uma vez que quase toda tutela gerava uma compensação em pecúnia da perda sofrida – sem uma preocupação com a tutela específica do direito. Além disso, inexistia qualquer tipo de tutela preventiva, posto que esta soa, neste contexto, como uma violação da liberdade individual, já que a lei ainda não foi ferida e, portanto, incapaz de provocar a atuação do Estado-juiz num caso hipotético ou possível. Decorre do legalismo apontado, ou seja, da submissão do magistrado à lei geral e abstrata como indexação necessária e com restrito poder interpretativo, a necessidade de uma produção legal ampla e perfeita, a fim de dar conta de todos os casos possíveis de gerarem conflitos em sociedade.

Dada estas características, o processo passa por uma drástica mudança: do modelo isonômico colonial para o modelo assimétrico liberal. O juiz era tido como *superpartes*, uma espécie de vértice, centro, do processo, à medida que a estrutura cientificista do direito permitia ao juiz ser concebido como o conhecedor do direito, bastando às partes relatarem os fatos, num contraditório fraco, que o magistrado se incumbiria de realizar o silogismo jurídico para apresentar uma solução válida ao conflito, num claro enaltecimento das máximas *Iura novit curia* e *Da mihi factum, dado tibi ius*.

Por fim, cabe ressaltar o papel mais ativo do magistrado em relação ao período antecessor, posto que o processo, enquanto instrumento estatal passa a denotar interesse e tarefa importante do Estado na solução de conflitos – e não somente das partes, como ocorria na fase colonial. Logo, os poderes conferidos ao juiz para condução e instrução do processo são resultado de publicização do processo, mesmo que, paralelamente a este maior ativismo do juiz, haja a impossibilidade de interpretação da norma jurídica, pelo menos este era o folclore (juiz é boca da lei, conforme Montesquieu).<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Picardi aponta que a função do juiz é descobrir (*Rechtsfindung*) a regra a ser aplicada, e, ao encontrá-la, declará-la (*Rechtsprechung*). Já ao legislador compete ditar a regra (*Rechtssetzung*) (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.).

Portanto, de modo diverso do modelo processual antecessor, esta fase metodológica, em resumo, contém as seguintes características: 1) oralidade; 2) contato direto do juiz com as partes e provas; 3) juiz com poderes para conduzir o desenvolvimento do processo; 4) concentração dos atos processuais, o que contribui, juntamente com os demais fatores, para um processo mais célere.<sup>101</sup> Contudo, mesmo com estas transformações o processo manteve-se rígido em sua forma e lento, porquanto mantida a preocupação centrada nos direitos individuais, resultando numa série de formalidades severas na tentativa da chamada certeza jurídica e igualdade formal.

### 3.4. A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

A terceira fase metodológica do processo civil é a chamada instrumentalidade das formas. Trata-se da modalidade de instrumentalismo mais sistematizada, e por isso será o objeto deste tópico.

A instrumentalidade das formas, sem ignorar o arcabouço de conceitos científicos que emergiram no paradigma cientificista, instaura uma nova racionalidade com a tentativa de desvincular o processo do aspecto meramente técnico, sem ignorá-lo,<sup>102</sup> à medida que acrescenta uma preocupação metajurídica ao processo, ou seja, o processo, além de técnica, é um instrumento a serviço do direito material. O hermetismo, pretensão de neutralidade e homogeneidade social, presentes no paradigma cientificista, entram em crise através da simples contraposição entre estes argumentos e a própria realidade, dada a heterogeneidade do corpo social, além da falácia do mito da perfeição da lei, eis que esta se mostra incongruente para alguns

---

<sup>101</sup> Cf. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. apud SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32-33.

<sup>102</sup> “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” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.).

casos concretos, bem como sua criação não é fruto de uma aclamada “vontade do legislador”, mas sim de deliberações políticas.<sup>103</sup>

Assim, com a ascensão do paradigma do instrumentalismo, ocorreram várias transformações legislativas ao longo dos anos, modificando o perfil estritamente técnico do original Código de Processo Civil de 1973. Tais mini-reformas visavam a simplificação e efetividade do processo, o que demonstra que a racionalidade do instrumentalismo influenciou não só o processo dentro da esfera do judiciário, mas também o processo fixado em abstrato, pelo legislador. E isto ficou claro logo no prefácio à primeira edição da obra “A instrumentalidade do processo”, marco da instrumentalidade das formas,<sup>104</sup> senão vejamos:

o objetivo central desta obra é levar aos estudiosos do processo civil a *minha* proposta de revisão do modo como encaram a sua ciência e os institutos integrantes do universo de suas investigações. É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo externo*, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido. É a proposta de uma *nova perspectiva*.<sup>105</sup>

Desta forma, como se observa na citação acima, Dinamarco condensa o projeto da instrumentalidade das formas: visitar os conceitos técnicos com o funcional das técnicas processuais. Com isso, há que se fugir da tendência formalista do processo civil através da consciência de que o processo serve diretamente à realidade da vida de homens comuns, isto é, “a nova perspectiva [...] proposta constitui motivo para a abertura do sistema

<sup>103</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e perspectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

<sup>104</sup> Como já destacado, a instrumentalidade das formas sistematiza com profundidade idéias do instrumentalismo, as quais, já estavam presentes no Brasil, conforme destaca Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. Tese doutorado, UFRGS. p. 22, nota 78).

<sup>105</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 11.

processual aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito”<sup>106</sup>. Em resumo, trata-se de uma transformação da racionalidade processual em sua totalidade, propondo a associação da ciência jurídica com valores sociais e políticos, o que implica na “[...] desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandorada *efetividade do processo*”<sup>107</sup>. Assim, a partir da construção jurídico-processual suficiente para levar a resultados práticos desejados, deve-se acrescentar um lado ético-deontológico, inerente ao processo, porém “esquecido” durante o paradigma predecessor.

Portanto, o processo não deve se ocupar, tão somente, sob a perspectiva interna, técnica, científica, mas ter em vista que o processo tem uma perspectiva externa, mais especificamente, segundo Dinamarco, possuidor de escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar. Isto fica clara em sua obra ao abordar especificamente o processo como: 1) meio que visa a paz social e a educação do povo<sup>108</sup> - escopo social -; 2) arena de manutenção da autoridade estatal e da liberdade dos cidadãos<sup>109</sup> – escopo político -; e 3) para a concretização do direito – escopo jurídico<sup>110</sup>.

No que diz respeito à relação entre processo e Constituição, observa-se que a instrumentalidade das formas assimila a noção de “direito processual constitucional”, através da constitucionalização de normas processuais basilares.<sup>111</sup> Com referida constitucionalização se tem como resultado a exigência superior destes preceitos centrais, sob o ponto de vista hierárquico do ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de controle de constitucionalidade dos mesmos.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 11.

<sup>107</sup> Ibid., p.12.

<sup>108</sup> Ibid., p.188-197.

<sup>109</sup> Ibid., p. 198-207.

<sup>110</sup> Ibid., p. 208-263.

<sup>111</sup> Cf. Ibid., p. 25-26.

<sup>112</sup> Analisando as primeiras edições da obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tece a seguinte crítica no que diz respeito à relação entre processo e Constituição: “O direito constitucional, embora já objeto de alguma elaboração doutrinária, não é colocado em lugar de destaque, geralmente é compreendido tão-somente na ótica das garantias, vale dizer como noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um

Outro ponto que merece destaque na instrumentalidade das formas é a natureza declarativa dos pronunciamentos judiciais,<sup>113</sup> ou seja, ao juiz não compete criar norma, mas declarar, a partir do direito posto, da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, e com vistas aos escopos processuais, qual parte deveria sair vitoriosa dentro do litígio. Trata-se de uma função reveladora do juiz, mormente trata-se de atividade de “mera *revelação* do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza”<sup>114</sup>. Portanto, a obediência à legalidade prepondera sobre os demais elementos processuais, de modo que se impede uma decisão ancorada na equidade contra disposição legal, pois, segundo Dinamarco, “o clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que ‘a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos’”<sup>115</sup>. Desta forma, o respeito à legalidade tem lugar de destaque na idéia da instrumentalidade das formas.<sup>116</sup>

Merece destaque ainda o ativismo judicial. O juiz é visto, na instrumentalidade das formas, como agente do Estado, portador de poder, - limitado aos contornos da legalidade, como já exposto -, com certa abertura aos escopos processuais. Assim, reconhece-se o juiz como dotado de papel mais relevante dentro da relação processual (vértice da relação jurídico-processual), indicando uma estrutura do processo assimétrica. Com isso, a jurisdição passa a ser o elemento de destaque dentro dos estudos processuais, haja vista a relevância da atuação do Estado-juiz na concretização dos referidos escopos. De toda sorte, há uma redução no formalismo no processo (rígido no modelo anterior), à medida que o processo não funciona como fim em si mesmo, mas

---

formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3). Esta crítica foi superada em produções posteriores de Dinamarco, bem como por outros autores que desenvolvem a instrumentalidade das formas, como José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006), Samuel Meira Brasil Júnior (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007), dentre outros.

<sup>113</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>114</sup> Ibid., p. 42.

<sup>115</sup> Ibid., p. 234.

<sup>116</sup> Toma-se como referência as idéias de Dinamarco. Alguns autores dentro da instrumentalidade divergem, como Samuel Meira Brasil Júnior, que se preocupa, juntamente à relativização do binômio direito-processo, com a justiça das decisões, sendo este aspecto um imperativo para o julgador (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007).



tendo em vista finalidades exteriores, respeitando, contudo, a legalidade, como acentuado acima. Em virtude desta contida virada no processo, com a percepção do processo além da mera técnica e da constituição como pólo importante do ordenamento jurídico, a instrumentalidade das formas apresenta-se como o modelo adequado ao Estado de Direito tradicional, porquanto presa a um legalismo de outra ordem em relação ao legalismo do Estado liberal.

### **3.5. O FORMALISMO-VALORATIVO**

Finalmente, a atual fase metodológica do processo civil é denominada formalismo-valorativo. A investigação desta etapa será bipartida: num primeiro momento procurar-se-á compreender as características gerais desta fase metodológica, acentuando seu traço neoconstitucionalista; e, num segundo momento, destacar o aspecto democrático.

#### **3.5.1. ASPECTOS GERAIS E O TRAÇO NEOCONSTITUCIONALISTA DO FORMALISMO-VALORATIVO**

O formalismo-valorativo tem como marco histórico a Constituição de 1988, que levou, paralelamente, a uma revolução de ordem teórica, mais especificamente, ao neoconstitucionalismo. Com o marco teórico do neoconstitucionalismo, houve efetivamente a constitucionalização do direito processual, pois se elevou o direito processual constitucional - para além dos meios de controle de constitucionalidade e do simples posicionamento de normas processuais no texto da Constituição -, com a fundamental atuação de valores constitucionais como verdadeiros norteadores do processo, à medida que se toma a Constituição sob três prismas fundamentais, a saber: a) força normativa da Constituição, eis que entendida como superior e central no ordenamento, ou seja, centro coordenador de um polissistema; b) expansão da

jurisdição constitucional; e c) nova hermenêutica constitucional<sup>117</sup>. Além disso, há uma preocupação acentuada com os direitos fundamentais, dos quais ele mesmo, o processo, serve como exemplo. Neste ponto, insere-se a contribuição teórica da aplicabilidade imediata, plena eficácia e interpretação conforme os direitos fundamentais, além da vinculação estatal e particular aos conteúdos destes direitos.

Somados aos marcos histórico e teórico acima destacados, o pós-positivismo contribuiu para a formatação do formalismo-valorativo. Isto, pois, com a derrocada do positivismo clássico, as idéias pós-positivistas ganharam espaço, relativizando uma legalidade lógico-científica, ao reconhecer a natureza normativa dos princípios jurídicos,<sup>118</sup> conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. O resultado desta abertura é uma concepção de que as normas são carecedoras de interpretação e concretização na casuística – posto que inacabadas -, privilegiando, desta forma, a tópica argumentativa, baseada numa razão aberta, pois sem uma resposta *a priori*<sup>119</sup>.

Diante destas transformações no direito, Alvaro de Oliveira procura teorizar um processo que se coaduna com a nova realidade jurídica. O resultado desta teorização recebeu o nome de formalismo-valorativo, surgido na década de 90. Contudo, o nome formalismo-valorativo não aparecia explicitamente nos textos do referido autor, ganhando evidência apenas na terceira edição da obra “Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo”, quando, na “nota prévia do autor à terceira edição” expõe que “[...] a elocução

---

<sup>117</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

<sup>118</sup> Cf. ALEXANDER, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. Cidade do México: Fontamara, 2002; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>119</sup> Acerca deste novo panorama jurídico, descrito no parágrafo referenciado e no parágrafo anterior: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010; VALE, André Rufino. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <[bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010; SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

‘formalismo-valorativo’ saiu do casulo em que hibernava há tanto tempo na minha cabeça”<sup>120</sup>.

Passando a analisar o termo formalismo-valorativo, vê-se, num primeiro momento, uma aparente contradição entre os termos componentes. Isto, pois, durante longo período, separou-se forma e valor. Desconstruindo esta aparente antinomia, o projeto de Alvaro de Oliveira se adéqua perfeitamente com a aproximação entre tais termos, posto que procura associar o formalismo (forma em sentido amplo) numa “[...] releitura do próprio processo – da sua estrutura interna, organização, conformação e funcionamento – à luz de uma visão axiológica e do seu inegável caráter de fenômeno cultural”<sup>121</sup>. Portanto, segundo Alvaro de Oliveira, o processo convive com o formalismo, que lhe é inerente, conforme exposto na introdução deste capítulo, já que, desde a delimitação das atribuições das partes até a ordem no procedimento e organização do processo para se alcançar suas finalidades, há forma em sentido amplo para ordenar e disciplinar o processo. Contudo, este formalismo não pode ser preso somente à técnica, mas sim, ao verificar que o processo é um fenômeno cultural, enxergar que neste devem permear valores constitucionais que consagram valores culturais, sobretudo os direitos fundamentais, posto que a técnica, mesmo que de modo inaparente, está embebida destes valores, no que diz respeito a concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas, juridicamente consagradas. Seguindo este entendimento, reúne-se forma e valor, porém, conforme o formalismo-valorativo, “a técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor”<sup>122</sup>, acrescentando-se que “[...] o fim último do processo não é apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material”<sup>123</sup>, ou seja, todos os elementos do processo são importantes, porém é a justiça o ponto fundamental – o que, inclusive, é reconhecido no preâmbulo da Constituição de 1988 como um valor superior de nosso ordenamento. Como consequência desta transformação de pensamento se tem a idéia do direito

---

<sup>120</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XIV (nota prévia do autor à terceira edição).

<sup>121</sup> Ibid., p. 2.

<sup>122</sup> Ibid., p. 3.

<sup>123</sup> Ibid., p. 3.

processual como direito constitucional aplicado,<sup>124</sup> à medida que o processo ultrapassa a persecução do direito material, figurando, de modo mais abrangente, como “[...] a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”<sup>125</sup>.

Em resumo, o processo deve ser compreendido aliando técnica e valores jurídicos; segurança jurídica e efetividade; realização do direito material, justiça material e paz social, fatores estes embebidos pelo neoconstitucionalismo. Com isso, as formas processuais devem ser apreciadas sempre buscando sua finalidade, não como formas em si mesmas.

Desta maneira, Alvaro de Oliveira pretende afastar o formalismo rígido sem cair num informalismo, posto que estes extremos não concorrem para a justiça, seja por permitir um poder autoritário – informalismo -, seja por conter a arbitrariedade engessando o judiciário e dificultando a justiça no caso concreto: o que se pretende é um formalismo temperado, virtuoso,<sup>126</sup> onde a forma e o desapego à forma – informalismo – se justifiquem como imprescindíveis para o alcance da justiça material, com a preservação das garantias e direitos fundamentais. Enfim, deve-se buscar um equilíbrio entre forma e não forma, que será norteadada pela carga axiológica consagrada no direito, mais especificamente com os valores sociais e constitucionais presentes no ordenamento jurídico, aliando-se, num mesmo âmbito, segurança jurídica e efetividade, sem resultar em mero arbítrio ou rigidez formal.

Neste ponto, cumpre destacar que no formalismo-valorativo o juiz não está preso à mera legalidade, mas, antes disto, tem um compromisso na concretização dos valores sociais e constitucionais consagrados no direito, de

---

<sup>124</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de jul. de 2009.

<sup>125</sup> ALVARO DE OLIVEIRA. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009; Segundo Carlos Augusto Silva, Willis Santiago Guerra Filho destaca que o Tribunal Constitucional federal alemão evocava o direito processual como direito constitucional aplicado desde a década de 1970, mas o pioneirismo se deu com o brasileiro João Mendes Jr (SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35-36.).

<sup>126</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009.

forma efetiva e imediata, podendo, com isso, afastar a aplicação de uma forma processual que porventura venha ferir alguma garantia constitucional, dada a existência do controle difuso de constitucionalidade em nosso ordenamento, bem como o imperativo de adequar as decisões ao texto constitucional e aos direitos fundamentais. Resulta desta observação, com base numa nova hermenêutica que emerge no século XX,<sup>127</sup> que o papel do juiz não é meramente declaratório, revelador, como pensava a instrumentalidade das formas, mas criador de normas jurídicas ao caso concreto, segundo uma compreensão de processo cooperativo.<sup>128</sup> Neste sentido, as decisões devem estar em conformidade com o Direito,<sup>129</sup> ou seja, corrigindo-se a lei, a partir dos elementos acima mencionados, com a finalidade de se ter um processo justo, um “[...] processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais”<sup>130</sup>, numa clara autorização de decisões *praeter legem* e, inclusive, *contra legem*, como no caso da preservação de valores constitucionais.

Dados os elementos acima destacados, pode-se dizer que este modelo de processo adéqua-se ao perfil do estado atual, qual seja: o Estado Democrático Constitucional.<sup>131</sup> O processo é compreendido como questão que extrapola a

<sup>127</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

<sup>128</sup> Neste sentido, Hermes Zaneti Junior (ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.) desenvolve o que nomeou teoria circular dos planos (direito material e direito processual). De acordo com esta teoria, “[...] o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado. Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *accertamento*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre *processo* e *direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”. (ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 204-205.). Desta forma, a atividade interpretativa jurisdicional cria normas jurídicas individuais, pois reescreve a norma para o caso concreto.

<sup>129</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS.

<sup>130</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS. p. 31.

<sup>131</sup> Terminologia utilizada por Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.), Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.), Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico

técnica, à medida que visa em primeiro plano a justiça material. Para tanto, enfoca os valores constitucionais, os direitos fundamentais e o caso concreto, num claro controle da produção normativa, visando sempre a substância da lei e limitando-a e conformando-a aos princípios de justiça, sendo que a “[...] obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* a palavra da lei, mas sim a de *projetar a imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”<sup>132</sup>, numa perspectiva de “comunidade de trabalho”. No caso de impossibilidade da referida correção, resta apenas afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade, através do controle difuso de constitucionalidade. Logo, ao Estado-juiz compete proteger os direitos, em lugar de meramente aplicar a lei.

### **3.5.2. A DEMOCRACIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA METODOLOGIA DO FORMALISMO-VALORATIVO**

Apresentados os pontos gerais do formalismo-valorativo, bem como sua base ligada ao neoconstitucionalismo, resta demonstrar seu viés democrático.

O ponto de partida para discorrer acerca da democracia no formalismo-valorativo é a visão cooperativa no processo. Esta visão é um imperativo do processo atual, porque está perfeitamente alinhada com os direitos fundamentais, em especial com os direitos fundamentais de quarta geração, ou seja, de participação<sup>133</sup>. Desta forma, o processo no Estado Democrático Constitucional deve ser legitimado enquanto democrático e esta legitimação só vem com a participação efetiva dos sujeitos do processo.

Nesta esteira, o elemento base para a formatação de um processo democrático deve ser o contraditório. Isto, pois o contraditório é o fundamento que dá acesso aos sujeitos da lide a uma efetiva participação dialética no

---

do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS.), Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.), dentre outros, com a finalidade de destacar a centralidade da constituição num prisma neoconstitucional.

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

<sup>133</sup> Seguindo classificação de Paulo Bonavides, os direitos de quarta geração ou de participação são: direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

processo, com o direito de influência e dever de debates, visando uma verdade provável e simultaneamente satisfazendo a justiça material e a pacificação social.<sup>134</sup>

Seguindo, fala-se em processo cooperativo<sup>135</sup> como alternativa que foge dos extremos privado - característico do período colonial – e do ativismo judicial acentuado – levado às últimas conseqüências nos processos de regimes socialistas, mas presente de forma menos intensa nos modelos liberal e da instrumentalidade das formas. O processo cooperativo retira o foco da lide das partes ou do juiz, dividindo tal enfoque entre todos os sujeitos do processo. Esta divisão de responsabilidades é conquistada a partir da visão de um juiz isonômico com as partes durante o decorrer do processo, existindo uma assimetria apenas no momento da decisão, dada sua natureza. Todavia, esta assimetria se dá apenas com o dever de julgar do juiz, pois a decisão será fruto dos debates, ou seja, a partir da participação efetiva, com dever de debate e direito de convencimento, os sujeitos da lide formulam o molde da decisão, bem como, de uma forma geral, dos rumos do processo e, com isso, o processo não ganha ares arbitrários, mas sim democráticos. Nas palavras de Marcel Proust: “[...] enxerta-se no espírito daquele a quem refuta, em meio de idéias adjacentes, com auxílio das quais, retomando alguma vantagem, ele a completa e retifica; tanto assim que a sentença final é de algum modo obra das duas pessoas que discutiam”<sup>136</sup>. Esta isonomia, todavia, não coincide com a isonomia do processo colonial brasileiro, posto que o juiz não é tido apenas como árbitro da demanda. No processo cooperativo o juiz atua juntamente com

---

<sup>134</sup> Elio Fazzalari, de modo muito próximo, fala no processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’ “azione” al “processo” (1864-1994). **Revista di diritto processuale**, ano 49, n. 4, p. 911-925, 1994; Id. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.).

<sup>135</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS.

<sup>136</sup> PROUST, Marcel Apud ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Álvaro. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 jul. de 2009.

as partes numa espécie de “comunidade de trabalho”,<sup>137</sup> a qual, repita-se, é rompida apenas no momento da decisão.

A atuação do juiz na “comunidade de trabalho” impõe a este o dever de não surpreender as partes, à medida que fica obrigado a viabilizar a estas a participação efetiva, com a possibilidade de influência em eventuais rumos a serem tomados no processo. Logo, não cabe mais uma visão do juiz que simplesmente comunica às partes da tomada de decisões, sendo, agora, necessária a participação delas no processo, juntamente com o órgão jurisdicional, num verdadeiro contraditório, já que se abre a possibilidade das partes de convencerem, no campo dialético, que determinado caminho não é o mais adequado a ser tomado naquele processo. Assim, tem-se “[...] deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes”<sup>138</sup>, ou seja, deve o juiz esclarecer o conteúdo e os contornos de suas decisões e posições em juízo; deve prevenir as partes do uso inadequado do processo que pode tornar ineficaz do ponto de vista da tutela pretendida; deve consultar as partes antes da tomada de decisão no processo, a fim de que viabilize a elas manifestarem-se e influenciarem ativamente o andamento processual; e deve auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Logo, a isonomia se dá tanto na avaliação dos fatos como nas questões de direito, o que impede que os litigantes sejam surpreendidos pelos rumos tomados pelo processo em pontos fundamentais, já que, segundo a visão do formalismo-valorativo, deve ser de conhecimento dos litigantes a direção do processo, assim como se devem levar em conta apenas os elementos processuais em que as partes tiveram participação na tomada de decisão. Esta postura de cooperação e ativismo judicial, ademais, encontra-se em perfeita consonância com o interesse dos sujeitos do processo na resolução do conflito: as partes visando seu interesse próprio e o Estado-juiz com o intuito da pacificação social e da decisão justa, seguindo a diretriz do Estado Democrático Constitucional, segundo a qual este, representado pelo

---

<sup>137</sup> Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS.

<sup>138</sup> Ibid., p. 56.



juiz, deve intervir e conceder “[...] razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos”<sup>139</sup>.

Estas idéias aqui traçadas, de um processo cooperativo, exigem e são exigidas em virtude da nova metodologia jurídica, que afasta o legalismo, dando destaque ao papel da Constituição, bem como dos direitos fundamentais como imperativos a serem observados na tomada de decisões, as quais devem ser justas, numa real correção da lei ao caso concreto – equidade.<sup>140</sup> Esta nova preocupação do juiz leva à substituição do modelo silogístico de aplicação do direito, onde o juiz liga mecanicamente o fato jurídico à norma geral e abstrata, por um modelo deliberativo, que privilegia o debate, a participação e o diálogo, entre as partes e o juiz, em torno dos pontos relevantes do processo.

Neste contexto, a tópica argumentativa ganha espaço. Não deve mais o juiz agir de modo mecânico, subsumindo o caso à norma geral e abstrata. Num contexto em que o juiz deve corrigir a lei, de acordo com o caso concreto, a Constituição, os direitos fundamentais e os valores sociais consagrados juridicamente, não é possível mais uma atuação demonstrativa do magistrado, capaz de levar a equívocos, conforme a metodologia aqui traçada.<sup>141</sup> Deve o juiz valer-se da abertura viabilizada pelos princípios, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas, a fim de que chegue, dentro de um horizonte conforme a Constituição, a uma decisão equânime, segundo o caso concreto. Da mesma forma, a argumentação dentro do processo não pode ser mais demonstrativa, aos moldes silogísticos, pois insuficiente para o atual

---

<sup>139</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. de 2009.

<sup>140</sup> Id. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009.

<sup>141</sup> Acrescente-se, ainda, como fatores que dificultam ou impossibilitam a postura mecânica: a complexidade da vida moderna; grande quantidade de dispositivos normativos, que se torna ainda mais grave ante a presença e reconhecimento de princípios, , conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas; e complicações hermenêuticas inerentes ao neoconstitucionalismo. Assim, Alvaro de Oliveira afirma ser imperiosa a colaboração entre os sujeitos do processo “[...] na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance, não só evitando surpresas, mas também as consequências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e da tutela de outros valores, como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. de 2009.).

papel do Estado-juiz. Então deve este se servir, mais uma vez, da tópica argumentativa, uma vez que o contraditório não é mais espaço de silogismos, eis que acentuado com o debate argumentativo dos pontos chave do processo, com a finalidade de resultar numa decisão que fora dialogada suficientemente, ou seja, com a participação cooperativa das partes e do juiz. Assim, “a lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual”<sup>142</sup>.

Decorre desta virada argumentativa outro ponto indispensável do processo democrático: a fundamentação das decisões judiciais. Esta fundamentação foi transformada com a queda da lógica silogística no processo. Enquanto vigorava esta metodologia, era possível justificar uma decisão com a simples narração do fato e a demonstração da subsunção deste fato a uma norma geral e abstrata. Com a tópica-argumentativa e o imperativo dos juízes visando não mais a mera aplicação da lei ao caso concreto, mas sim a observação dos valores jurídicos, constitucionais e dos direitos fundamentais para se fazer justiça material, a motivação de uma decisão passou a demandar, para atender ao critério de controlabilidade e legitimidade, uma análise pormenorizada dos debates vivenciados ao longo do processo, apresentando os argumentos pelo quais se deve privilegiar uma tese em lugar de outra.

Em consequência da mudança no que diz respeito à fundamentação das decisões no processo atual, acima apontado, tem-se que a atividade do juiz, dentro de um horizonte de processo cooperativo, ao decidir, implica na criação de direito no caso concreto – e não apenas a revelação deste, dado o papel do juiz como agente estatal que cria direito em cooperação com os demais sujeitos do processo. Assim, com a natureza constitutiva dos pronunciamentos judiciais, há a necessidade de controle deste poder, o que se faz através do contraditório dilatado inerente ao formalismo-valorativo. Isto, pois a aplicação do direito, de acordo com a metodologia jurídica delineada, por não se tratar de uma atividade mecânica, deve, por cautela, ser submetida ao debate entre os sujeitos da lide, já que o juiz, enquanto ser humano, está sujeito ao erro,

---

<sup>142</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

além de seus posicionamentos serem influenciados por pré-concepções individuais, de sua criação e formação, que, de uma forma ou de outra, afetam no processo, e que, por isso, precisam ser cotejados com outros posicionamentos – o que só é possível através do modelo de contraditório aqui demonstrado, que atenua os riscos descritos e facilita a aproximação da verdade e da justiça no caso concreto.

Ademais, nesta perspectiva de cooperação entre juiz e as partes, vale dizer que ao juiz compete um ativismo controlado, em casos como na busca de provas, consagrado em nosso Código de Processo Civil. A posição ativa do magistrado não representa possibilidade uma quebra da imparcialidade, já que o juiz deve sempre buscar a verdade de modo mais aproximado a fim de fazer justiça, bem como a prova produzida ficará como objeto de debate entre os sujeitos do processo, influenciando sobre o valor daquela prova produzida. Este ativismo controlado é fator indispensável dentro da metodologia do formalismo-valorativo, pois esta irá garantir a própria base do processo democrático, o contraditório.<sup>143</sup> Isto, pois com o ativismo judicial, aos moldes como tem sido destacado, evita-se cair numa igualdade do processo meramente formal, mantendo-se, com isso, a igualdade de armas entre as partes (*Waffengleichheit*), ou seja, além da igualdade de riscos no processo – de sucesso ou insucesso na decisão final -, tem-se a igualdade no que diz respeito a oportunidade, corrigindo-se, desta forma, as desigualdades materiais entre as partes (culturais, econômicas, dentre outras). Neste contexto, a exigência de equilíbrio entre as partes extrapola a mera exigência legislativa e formal, devendo ser figurada realmente na prática forense, a fim de que o contraditório não se torne uma “sombra vã”,<sup>144</sup> devendo no desenvolvimento concreto do procedimento disponibilizar-se o “[...] exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro”<sup>145</sup>, dando às partes em igualdade de participação e convencimento em seus poderes, faculdades e deveres.

---

<sup>143</sup> Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **As garantias constitucionais da ação**. Disponível em: <www.cesarkallas.net>. Acesso em: 21 jul. de 2009.

<sup>144</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <www.alvarodeoliveira.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2009.

<sup>145</sup> Ibid.

Por fim, um último elemento inerente ao processo na atualidade e que acompanha o processo democrático é a publicidade do processo, tendo em vista a importância deste e a possibilidade de controle acentuado com tal caráter, já que, todos os processos, salvos as exceções reguladas pelo direito, são acessíveis a todos os membros da sociedade civil organizada, evitando-se qualquer tipo de burla ou abuso, que secretamente poderia ocorrer com maior facilidade.

Enfim, o formalismo-valorativo compreende o processo, na atualidade, como uma atividade de cooperação entre os sujeitos do processo com a participação efetiva na condução dos rumos deste, eis que, em meio 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 processo”<sup>146</sup>. Nesta perspectiva, chega-se a uma unidade indissociável entre processo, democracia e aplicação do direito de forma justa, à medida que a participação no processo figura como dimensão intrínseca e complementadora de uma visão democrática do Estado, atuando, também, na correção da lei ao caso concreto, levando em conta a Constituição, os valores sociais consagrados juridicamente e os direitos fundamentais, a fim de chegar-se a uma decisão justa ao caso concreto.<sup>147</sup>

Assim, o processo democrático soma às tradicionais possibilidades de recursos em geral, publicidade do procedimento e o duplo grau de jurisdição, um formalismo temperado baseado na idéia de ativismo judicial controlado, contraditório cooperativo e dever de motivação das decisões fundado na lógica argumentativa, pontos afinados com o Estado atual, Democrático Constitucional, já que evitam o arbítrio judicial numa tentativa de se alcançar a justiça material, afastando qualquer pessoalidade na decisão.

Portanto, foram apresentadas as fases metodológicas do processo civil, desde o período colonial até a atualidade. Construiu-se a idéia de que hoje o formalismo-valorativo representa a racionalidade do processo no Estado Democrático Constitucional, pois recepcionou as transformações do Direito

---

<sup>146</sup> ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 165.

<sup>147</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 jul. de 2009.

advindas com o neoconstitucionalismo, bem como levou a cabo a legitimação do processo através de um procedimento democrático. Assim, no próximo capítulo desta dissertação cumpre acentuar uma teoria filosófica, mais especificamente a teoria de Jürgen Habermas, que dá suporte ao viés democrático contido na teoria geral e na dogmática encampadas pelo formalismo-valorativo.

#### 4. O FORMALISMO-VALORATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA.

Nos primeiros capítulos, em síntese, demonstrou-se: 1) o sentido de filosofia e filosofia do direito trabalhados nesta dissertação; 2) a cadeia de fundamentação existente entre filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmática do direito; 3) o direito e o processo como fenômenos culturais e, com isso, passando a firmar as diferentes fases do processo civil no Brasil; 4) o entendimento de que o formalismo-valorativo tem credenciais teóricas para pretender refletir o que de mais avançado existe na atual prática processual brasileira; e 5) a base neoconstitucionalista e democrática do formalismo-valorativo.

O presente capítulo, num primeiro momento, irá demonstrar uma filosofia do direito calcada na idéia de democracia. Dentre as mais variadas teorias elaboradas acerca do tema, optou-se pela filosofia de Jürgen Habermas (1929 - ), tendo em vista a consistência, influência e amplitude de suas obras no contexto da filosofia do direito na atualidade. Em outras palavras, um trabalho que pretenda abordar filosoficamente a temática “democracia” deve debater, de forma implícita ou explícita, com as idéias de Habermas, tamanha é sua importância e contribuição.

A título introdutório, a partir da década de 70, intensificando-se na década de 80, Habermas começa a pensar uma ética fundada no uso da linguagem, chamada de ética do discurso ou discursiva e que, sobretudo com a *Theorie des kommunikativen Handelns*<sup>148</sup>, traz essas reflexões para o campo jurídico e político. Após uma fase de reformulação nas chamadas *Tanner Lectures*<sup>149</sup>, emerge seu pensamento atual através de duas obras centrais, a saber: *Faktizität und Geltung*<sup>150</sup> e *Die Einbeziehung des Anderen*<sup>151</sup>. Nestes livros,

---

<sup>148</sup> HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

<sup>149</sup> Tradução para o português no segundo volume de Direito e Democracia com título de “Estudos preliminares e complementares”: HABERMAS, Jürgen. Estudos preliminares e complementares. In: \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 193-305.

<sup>150</sup> Tradução para o português: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Habermas vê uma concatenação indissolúvel entre os mundos jurídico e político-democrático, à medida que a legitimidade do direito advém da idéia de democracia deliberativa ou participativa, posto que, segundo Habermas, só é legítimo o direito conforme certas condições comunicativas procedimentalizadas que garantam a formação da opinião e da vontade democráticas. Estas reflexões representam uma alternativa aos modelos liberal e republicano de Estado, os quais, segundo Habermas, são insuficientes como fundo teórico do Estado Contemporâneo, pois o modelo liberal compreende a política centrada na economia, ao passo que o modelo republicano, ao admitir que os cidadãos participem da formação e normatização do Estado, não abarca a possibilidade dos envolvidos defenderem seus pontos de vista com base exclusivamente em ações estratégicas. Enfim, trata-se da reconstrução do direito e do Estado, com a superação dos modelos teóricos existentes – liberal e republicano – com a formatação de um Estado efetivamente democrático, posto que viabiliza a participação dos concernidos na criação dos direitos.

Assim, nesta primeira etapa do capítulo será apresentado o pensamento de Habermas, abordando, em especial sua pretensão de um kantismo ampliado com base numa lógica dialógica, que só é possível em virtude de uma virada lingüística; o princípio do discurso e a relação de complementaridade entre moral e direito; sua idéia de democracia deliberativa procedimentalizada, a qual vê o direito legítimo como fruto da participação de todos os concernidos.

Após expor a filosofia habermasiana, ir-se-á relacionar formalismo-valorativo e o pensamento de Habermas, a partir da estrutura em cadeia filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmática do direito. Com isso, fixar-se-á Habermas como um, dentre outros, fundamentos filosóficos do formalismo-valorativo, destacando-o em virtude de sua problematização acerca da democracia nas sociedades modernas, tema caro ao formalismo-valorativo em sua metodologia jurídica.

---

<sup>151</sup> Tradução para o português: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2002.

#### 4.1 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA

Como ponto de partida para o estudo da filosofia do direito de Habermas há que se contextualizar o projeto habermasiano. E este se insere num período de crítica à modernidade, tendo em vista que os ideais defendidos, sobretudo pelo iluminismo e em especial a idéia de que a razão levaria a um bem-viver, não se concretizaram, mas, pelo contrário, culminaram em várias guerras e outros episódios negativos na história humana. Com a modernidade em crise, surgem autores que passam a criticar não só o iluminismo, mas, também, a razão, enquanto critério para a verdade e para o agir. Tanto é que começam a surgir novas alcunhas, como pós-modernidade, que simbolizam essa nova compreensão da realidade. Em sentido contrário a esta tendência, Habermas vê um risco no abandono da razão e empenha-se em desenvolver um sistema filosófico que reconstrua as bases racionais, vislumbrado pelo mesmo como um “kantismo ampliado”<sup>152</sup>, demonstrando uma solução diferente em meio a uma briga maniqueísta entre razão e não-razão, conforme se observa na citação abaixo:

Após um século que, como nenhum outro, nos ensinou os horrores da não-razão existente, os últimos resquícios da confiança numa razão essencialista evaporaram-se. E a modernidade, uma vez consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental, isto é, de uma razão que conduz um processo contra si mesma. Ora, a crítica da razão é obra dela própria: tal ambigüidade kantiana resulta de uma idéia radicalmente antiplatônica, segundo a qual não existe algo mais elevado ou mais profundo ao qual possamos apelar, uma vez que, ao chegarmos, descobrimos que nossas vidas já estavam estruturadas linguisticamente.<sup>153</sup>

Vê-se na citação acima uma proposta diferente: em lugar de um debate entre não-razão e uma razão forte, de caráter apodítico-metafísica, Habermas reconstrói o ideal racional sob novas orientações. Isto ocorre, segundo o próprio Habermas, através da reinvenção de quatro conceitos centrais kantianos, quais sejam: “entre a ‘idéia cosmológica’ da unidade do mundo (ou

---

<sup>152</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004; HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 36-73.

<sup>153</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 12.



da totalidade das condições no mundo sensível) e a suposição pragmática de um mundo objetivo comum”; “entre a ‘idéia da liberdade’ como um postulado da razão prática e a suposição pragmática da racionalidade dos atores imputáveis”; “entre a alteração totalizadora da razão que, enquanto ‘capacidade das idéias’, transcende todo condicionado na direção de um incondicionado, e a incondicionalidade das exigências de validade levantadas no agir comunicativo”; e “finalmente, entre a razão como ‘capacidade dos princípios’, que assume o papel de ‘tribunal supremo de todos os direitos e exigências’, e o discurso racional como fórum não previamente viável de justificação possível”<sup>154</sup>. Com isso, entre Habermas e Kant há pontos convergentes: de que existe um ponto em comum que é acessível pelos diferentes seres humanos, do qual se pode traçar diretrizes comuns aos seres humanos; e de que as ações humanas devem ser racionalmente explicáveis, ou seja, ninguém deve agir senão em virtude de um motivo racionalmente justificado, seja jurídico ou moral.

Contudo, Habermas redimensiona os pontos acima destacados, à medida que o que era justificado por Kant por uma razão monológica/prática, ou seja, baseada na figura racional construída e acessível por um único indivíduo, é substituída por uma razão dialógica/comunicativa, em conformidade com o giro lingüístico ocorrido na filosofia. Segundo Habermas,<sup>155</sup> até Hegel a razão que auxiliava o agir em sociedade fornecia uma única e correta ordem política e social, mas com contribuições teóricas, especialmente de Frege e Pierce, essa visão metafísica da realidade dá lugar a uma visão pós-metafísica, na qual prevalece a intersubjetividade mediada pela linguagem. Assim, possuímos um mundo comum (mundo da vida, numa tradução do termo alemão *Lebenswelt*), porém esse não se restringe à relação homem-real, mas homem-linguagem-real: é a linguagem que traduz para o homem a realidade e através da qual esta realidade pode ser compartilhada entre os sujeitos cognoscentes ou inseridos na justificação do agir, já que “[...] com a descoberta da filosofia da linguagem [entende-se que] nos é negado um acesso direto, não mediatizado

---

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 36-37.

<sup>155</sup> Cf. Id. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19.

pela linguagem, à realidade ‘nua’<sup>156</sup>. Com isso, a comunicação de uma pessoa a faz compartilhar pontos de vista com outras a partir de um mundo em comum,<sup>157</sup> tudo viabilizado pela linguagem. O *medium* lingüístico, em que a todo momento estamos inseridos, funciona como referência e ponto de encontro dos sujeitos, de modo que “sobre essa suposição formal do mundo, a comunicação sobre algo no mundo converge com a interação prática no mundo. Para falantes e atores, é o mesmo mundo objetivo sobre o qual se entendem e no qual podem intervir”<sup>158</sup>.

Assim, a mudança apontada por Habermas reestrutura o conhecimento e o agir racionalmente construído, o que resulta, por certo, em mudanças radicais na compreensão da moral e do direito,<sup>159</sup> já que estes deixam de ter origem apodítica-essencialista, mas sim produzida pela interação entre os indivíduos da sociedade através da linguagem. Em outras palavras, as normas morais e jurídicas são fruto de debates, argumentações, instaurados entre os destinatários das normas, resultando numa “[...] descentralização de perspectivas singulares de interpretação sempre mais ampla, na qual não se trata da certificação de exigências de verdade, porém da construção e do uso competente de normas morais (e do direito)”<sup>160</sup>. Cotidianamente os indivíduos

---

<sup>156</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 8. No mesmo sentido: “A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está linguisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem”. (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 38-39).

<sup>157</sup> Neste sentido, Chamoun: “Se, após o giro lingüístico, percebemos que as expressões lingüísticas podem ter para os seus usuários *idênticos significados* – para além daquilo que individualmente se verifica e para além das vivências do indivíduo -, temos que há, no que se refere aos signos lingüísticos e às regras gramaticais, um tipo de idealidade, algo que, definitivamente, transcende a mera representação individual para se caracterizar como algo *universal* no sentido de permitirem estas regras uma linearidade e estabilidade nas diferentes verificações concretamente constatadas” (CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 148).

<sup>158</sup> HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrascendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 39-40. Comentário: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 146-147.

<sup>159</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 8. No mesmo sentido: “A pragmática lingüística serviu à formulação de uma teoria do agir comunicativo e da racionalidade. Ela constituiu o fundamento de uma teoria crítica da sociedade e abriu caminho para uma concepção da moral, do direito e da democracia ancorada na teoria do discurso” (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 8).

<sup>160</sup> Id. **Agir comunicativo e razão destrascendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 70.

lidam com diferentes verdades e entendimentos do agir em sociedade, devendo estes pontos de vista conflitantes levarem, através da linguagem com o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade, a uma postura uníssona, um acordo, que resultará em regras ou revisão de regras<sup>161</sup> de orientação do agir capazes de coordenar a vida social com a previsibilidade das condutas e um convívio harmônico entre os indivíduos.<sup>162</sup> Isto é possível, pois, segundo Habermas, os sujeitos são capazes de fundamentarem seus pontos de vista e, num debate, verificar o melhor argumento a ser levado em conta pelos participantes, chegando-se a uma aceitabilidade racional, um entendimento mútuo baseado na melhor fundamentação dos pontos de vista (criticáveis), tornando este capaz de afastar os demais e ser tomado como referência do agir em sociedade e tendo como consequência a integração social.

Possuindo as características acima apontadas, o agir comunicativo diferencia-se da razão monológica/prática tradicional, à medida que não possui “conteúdos prévios”, mas é erguido em pretensões de validade criticáveis e de cunho ilocucionário,<sup>163</sup> eis que resultado do embate de argumentos racionalmente construídos para servirem de convencimento nas arenas de debates.

Desta maneira, substituindo o paradigma kantiano da subjetividade pelo paradigma da comunicação, Habermas reformula o projeto kantiano ao estabelecer um ponto de partida para as normas práticas, a saber: o agir comunicativo.<sup>164</sup> Em virtude desta teoria ser fundada numa ação coordenada e

---

<sup>161</sup> Fica claro que a gênese e a revisitação das normas é fato marcante nas idéias de Habermas, já que nenhuma convicção está a salvo da crítica, pois mesmo que bem fundamentada há o caráter falibilista presente que depõe no sentido de que novas convicções ou novos fundamentos tornem imperioso a substituição dos preceitos em voga.

<sup>162</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 105; HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 79.

<sup>163</sup> Habermas vislumbra a existência de discursos perlocucionários e ilocucionários. Os discursos perlocucionários manifestam-se quando o emissor exerce sobre o destinatário, através de ações de fala, efeitos sem a ação cooperativa do destinatário – seja de modo intencional ou não; causado pelo conteúdo da fala ou do contexto do ato de fala. De outro lado, os discursos ilocucionários são dependentes da cooperação do destinatário, uma vez que nestes discursos há necessidade de concordância, consenso – o que, por certo, só pode ser atendido na comunhão de idéias de emissor e destinatário (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 361-363).

<sup>164</sup> HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 21.

mediada pelo *medium* linguístico, Habermas constrói o Princípio do Discurso, segundo o qual “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>165</sup>. Analisando esta definição, vê-se que Habermas inicia utilizando o termo “normas de ação”, o que impõe a aplicação do princípio do discurso a todas as normas de ação, as quais são trabalhadas pelo autor numa bifurcação entre moral e direito. Estas normas só podem ter validade, isto é, legitimidade, quando passam por um procedimento que permite a intervenção de todos os indivíduos afetados pela norma, resultando numa auto-legislação, à medida que os emissores das normas – os indivíduos que das mais diferentes maneiras contribuíram na sua estruturação e formação, como veremos – são, ao mesmo tempo, destinatários destas. Além disso, Habermas termina o princípio do discurso com o termo “discursos racionais”, o qual denota a construção de normas num evento discursivo, uma arena de argumentação, que não pode simplesmente ser guiada por motivos ou interesses pessoais, mas deve prevalecer o melhor argumento segundo o horizonte do tema (moral, ético ou pragmático, como veremos). Assim, a partir da construção legítima, fundada na deliberação criteriosa e racional, na qual devem participar todos os concernidos, criam-se normas de conduta socialmente legítimas.

Todavia, o princípio do discurso não segue um caminho idêntico nas diferentes normas sociais abordadas por Habermas. A especialização do princípio do discurso na moral terá características diferentes da especialização presente no direito, tendo em vista as particularidades de cada campo normativo. O ponto em comum, princípio do discurso, ganha contorno na moral segundo o princípio universalizante (U), ao passo que no direito segue o princípio democrático. Passemos aqui, num primeiro momento a abordar o princípio universalizante para depois demonstrar o caráter de complementaridade do princípio democrático e suas especificidades.

---

<sup>165</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142. No mesmo sentido: “[...] essa compreensão da situação é que traz ‘D’ ao ponto: só podem aspirar por validade as normas que puderem merecer a concordância de todos os envolvidos em discursos práticos” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 58.)

De acordo com o princípio universalizante: “uma norma só é válida quando as conseqüências presumíveis e os efeitos secundários para os interesses específicos e para as orientações valorativas de *cada um*, decorrentes do cumprimento geral dessa mesma norma, podem ser aceitos sem coação por *todos os atingidos em conjunto*”<sup>166</sup>. A moral, portanto, restringe seu alcance às situações que têm pretensão de universalidade, ou seja, nos termos habermasianos, aos discursos morais, segundo os quais se rompe com o egocentrismo visando admitir e adotar condutas que possam ser exercidas por todos os indivíduos indistintamente. Somente estas condutas que podem ser executadas por todos os indivíduos, isto é, são passíveis de assentimento universal, devem ser reconhecidas como moralmente impositivas.<sup>167</sup> Trata-se, dentro do horizonte de um kantismo ampliado, de uma reinvenção, desde a razão dialógica, do imperativo categórico de Kant,<sup>168</sup> à medida que a moral também é fixada sob a pretensão de universalidade das ações. Assim, de acordo com Habermas, “apenas o sentido imperativo desses mandamentos pode ser entendido como um ‘dever’ (*Sollen*) que não é dependente nem de fins ou preferências subjetivos, nem da meta, para mim absoluta, de uma vida

<sup>166</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 58.

<sup>167</sup> Cf. Id. **Sobre o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>168</sup> Kant define o imperativo categórico da seguinte forma: “Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-la do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 28). Desta forma, Habermas trata tal temática de forma ampliada, como se observa na seguinte citação: “Nessa perspectiva, também o Imperativo Categórico precisa de reformulação no sentido proposto: ‘ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de uma pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode requerer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal’. De fato, a formulação indicado do princípio da universalização visa a realização cooperativa da argumentação de que se trata em cada caso. Por um lado, só uma efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio a instância última para a avaliação daquilo que é realmente de seu próprio interesse. Por outro lado, porém, a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses deve também permanecer acessível à crítica pelos demais. As necessidades são interpretadas à luz de valores culturais; e como estes são sempre parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente, a revisão dos valores que presidem à interpretação das necessidades não pode de modo algum ser um assunto do qual os indivíduos disponham monologicamente”. (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 88).

boa, uma vida de êxito ou não-malograda”<sup>169</sup>. Diante disto, os discursos morais são os que têm por escopo buscar a ação justa para todos os indivíduos, de modo incondicional (dever pelo dever).

Desta forma, a moral, pensada desde o horizonte da ética discursiva, não tem origem de uma imposição transcendental ou de deduções de uma razão forte, mas é resultado de procedimentos argumentativos, os quais conduzem a resultados racionalmente aceitáveis e convincentes, desde que o procedimento discursivo não esteja eivado de vício. A construção da ética discursiva é fundamentada no fato de que monologicamente é impossível o êxito com relação à função de coordenação das ações em sociedade, inerente às normas de todas as espécies, a partir da restauração do consenso perturbado. Para que o consenso seja restaurado é necessário um acordo formado cooperativamente de todos os concernidos, o que é conquistado através dos procedimentos discursivos corretos, com um debate real.<sup>170</sup> Segundo Habermas, as condições básicas para que o procedimento discursivo atenda ao menos a quatro exigências:

(a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos se dará a mesma chance de dar contribuições; (c) os participantes devem pensar aquilo que dizem; (d) a comunicação deve ser isenta de coações internas ou externas, de tal forma que os posicionamentos de ‘sim’ e ‘não’ ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados tão-somente pela força de convencimento das melhores razões.<sup>171</sup>

Atendidos aos requisitos formais acima, ter-se-á um procedimento público e que garante a participação dos envolvidos (a) (b), com certas regras para evitar enganos (c), resultando em normas legítimas (d).

Contudo, esta moral apresenta alguns *déficits*, quais sejam, cognitivo, motivacional e operacional.<sup>172</sup> O *déficit* cognitivo se apresenta ao notar que moral se funda em princípios altamente generalizados, os quais devem ser traduzidos numa reconstrução no caso concreto, gerando uma dificuldade de entendimento da moral em sua forma generalizada, bem como em sua

<sup>169</sup> HABERMAS, Jürgen. **Sobre o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>170</sup> Cf. Id. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 87-88.

<sup>171</sup> Id. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 60-61.

<sup>172</sup> Cf. Id. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 139-154.

aplicação concreta, mais especificamente a passagem de um conteúdo extremamente generalizado para o caso concreto. Por sua vez, o *déficit* motivacional é levado em conta que a moral, assim como Kant fundamentava seu imperativo categórico, ocupa-se com o fator motivacional da conduta, ou seja, depende de um esforço motivacional para ser implementada pelos sujeitos. Ora, é muito difícil, talvez impossível, controlar os motivos dos sujeitos, em todos os casos, segundo este critério interior. Por fim, o *déficit* operacional diz respeito à dificuldade de uma coação moral, que só pode ser pensada de forma difusa através de um mal estar social. Em outras palavras, a coação moral depende da internalização de suas regras, sendo tal aspecto insuficiente para controlar certos indivíduos ou grupos com relação às condutas em sociedade.

Assim, a moral sozinha é insuficiente como técnica social específica, pois, por si só, incapaz de controlar a totalidade das ações sociais, de modo que haja uma previsibilidade de ações, uma estabilidade em meio à contingência de ações socialmente possíveis. Diante deste quadro, Habermas insere o direito com papel de complementar a moral. O direito supera o *déficit* cognitivo com a dogmática jurídica e as fontes formais do direito, com os quais, o jurista e qualquer membro da sociedade, tem condições de conhecer plenamente quais são as regras jurídicas a que está sujeito, além de contar com problematizações e soluções, teóricas e práticas, para a aplicação do direito. O *déficit* motivacional é superado ao se complementar a aplicação informal da moral com a aplicação institucionalizada do sistema de direito, aliviando, com isso, os sujeitos de buscarem o fundamento de sua ação em preceitos morais, permitindo-se ações apenas em conformidade com o direito, inclusive ações estratégicas. Finalmente, o *déficit* operacional é superado através da organização estatal e jurídica, que, seja através do Estado-juiz ou através do aparato repressivo, como a polícia, impõe a obrigatoriedade do direito e sua exigência sob pena de consequência jurídica (conceito que inclui a idéia de sanção). Com esses três pontos abordados, verifica-se que o direito atua como “[...] um complemento *funcional* da Moral justamente pelo fato de aliviar aqueles afetados da tarefa de conhecer, de se sentirem ‘moralmente

motivados' e de aplicar as próprias normas"<sup>173</sup>. Todavia, é importante assinalar essa relação de complementaridade não é simplesmente do direito em relação à moral, mas também inversa, posto que dos diferentes discursos que o direito vai abarcar – morais, éticos e pragmáticos – são os conteúdos morais institucionalizados pelo direito que prevalecem na reconstrução do direito promovida por Habermas – ponto este que será explicitado mais detalhadamente adiante.

Demonstrada a complementaridade entre direito e moral, surge uma preocupação radical para Habermas: como dar legitimidade ao direito na atualidade. E esta preocupação se mostra pertinente em meio à diversidade das formas de viver e pontos de vista no mundo atual. Inicialmente há que se observar que a legitimação do direito aos moldes do período medieval, através da figura do divino, é insuficiente na atualidade. Basear o direito e deduzi-lo de normas que encontravam sua fundamentação na figura de Deus representa uma série de problemas no mundo contemporâneo, tendo em vista a dessacralização do mundo com a formação do Estado laico e conseqüente divisão entre o plano social e religioso, de modo que “[...] as questões de ordem cognitiva, normativa e expressiva se desligam das imagens religiosas de mundo e se desenvolvem segundo suas próprias lógicas internas: científica, moral-jurídica, e estética”<sup>174</sup>. Ademais, com a intensificação do contato entre os povos, mediante o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, tem-se a diversidade religiosa num mesmo espaço territorial, o que poderia levar, se tomado o referencial medieval como correto na atualidade, a problemas graves de legitimidade do direito, já que em uma mesma sociedade poderia se encontrar crentes em Deus (inclusive com posicionamentos religiosos antagônicos), agnósticos e ateus, resultando numa crise das bases do direito por ausência de uma orientação religiosa que abarcasse todas possibilidades descritas acima. Com isso, o modelo medieval é insuficiente para legitimar o direito na contemporaneidade.

---

<sup>173</sup> Cf. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160.

<sup>174</sup> SCHUMACHER, Aluisio A. **Sobre moral, direito e democracia**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.



Outro ponto que Habermas destaca é a pluralização social de modos de vida, com diferentes grupos sociais, com diferentes valores e metas, mas que, em última instância, são regulados pelo direito, o qual deve garantir uma integração social e a inclusão das minorias, a inclusão do outro.<sup>175</sup> Enfim, o direito atua como um meio para a convivência de pessoas com pontos de vista diferenciados que convivem no mesmo espaço territorial e que devem ser reguladas pelas mesmas normas jurídicas, resultando a necessidade de se pensar um direito que abarque esta diferença e que isto leve a uma integração social.

Um último ponto que merece consideração na contemporaneidade é o fator econômico, o qual, num horizonte econômico globalizado e neoliberal, busca utilizar o direito, através das mais diversas formas de propaganda e discurso estratégico, para privilegiar determinados grupos, levando, inclusive, alguns autores a ver de forma quase apocalíptica a relação entre direito e economia na atualidade.<sup>176</sup>

Esses três fatores serão levados em consideração por Habermas na tentativa de construir um direito legítimo. Sem retornar a um direito sacralizado, abarcando as diferenças sociais e rejeitando uma visão pessimista da relação entre economia e direito, Habermas procura fundamentar o direito atual sob a idéia do princípio democrático.<sup>177</sup> Este princípio é a especialização do princípio do discurso no campo jurídico, assim como o princípio universalizante é a especialização do princípio do discurso na moral. Segundo Habermas, o princípio da democracia significa que “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”<sup>178</sup>. É através deste princípio que a reconstrução do direito promovida por Habermas

---

<sup>175</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. Comentários: SCHUMACHER, Aluisio A. **Sobre moral, direito e democracia**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>176</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142-143. Comentários: LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005.

<sup>178</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 145.

reúne princípio discursivo e legitimidade do direito, tendo em vista que somente podem ser consideradas legítimas as normas jurídicas que foram formadas através de uma participação simétrica na formação da opinião e da vontade juridicamente institucionalizada e procedimentalizada, já que a tarefa do direito não é simplesmente a de “[...] institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também propiciar o próprio *medium* no qual essa vontade pode ser expressa como vontade comum de membros do direito livremente associados”<sup>179</sup>, ou seja “[...] a formação política da vontade não termina num mero consenso, mas na estruturação de um código jurídico”<sup>180</sup>. Esta saída para a complexidade da sociedade atual recebe especial atenção de Habermas, conforme se extrai da citação abaixo:

Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito. Finalmente, convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles *mesmos* – no exercício comum de sua autonomia política – não tiverem clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.<sup>181</sup>

Conforme se observa acima, para Habermas a solução para a complexidade (*lato sensu*) da sociedade atual só pode ser resolvida, sob o ponto de vista do convívio harmônico em sociedade, através de um direito radicalmente democrático. Com a inserção do princípio da democracia oferece-se um substituto a uma visão sacralizada para a fundamentação do direito, consegue-se solucionar o dissenso entre os diferentes grupos sociais e, com isso, garantindo a inserção e integração social, bem como se evita os efeitos danosos de um direito modelado de acordo com interesses estratégicos de cunho eminentemente econômico. E isto tudo é garantido por procedimentos discursivos legítimos sob o enfoque participativo, nos quais fica assegurado o

---

<sup>179</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 147.

<sup>180</sup> LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005. p. 121-122.

<sup>181</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 13.

predomínio do melhor argumento racional, conforme o horizonte discursivo enfocado.

Para que todos os elementos acima descritos possam operar adequadamente o princípio da democracia irá manter uma diferença sensível em relação ao princípio universalizante, à medida que além de lidar com discursos morais, trabalhará, também, com discursos éticos e pragmáticos, ou seja, acresce aos discursos que têm por característica a pretensão de justiça universalizante outras duas modalidades discursivas, a saber: éticos e pragmáticos.

Para explicar o que são discursos éticos Habermas recorre à idéia de bom para um indivíduo ou para uma coletividade, o que está intimamente ligado à identidade de uma pessoa ou de um grupo. Desta forma, discursos éticos se vinculam a uma postura egocêntrica ou etnocêntrica, à medida que a problematização gira em torno do bem viver localizado, isto é, que não tem pretensão de universalidade – o que, no pensamento kantiano é tratado como conselhos clínicos.<sup>182</sup> Assim, analisando o princípio da democracia como a especialização no campo jurídico do princípio do discurso temos que na formação de normas jurídicas deve haver a participação de todos os concernidos e, num horizonte ético, o critério para o melhor argumento racional é o bem viver, o que é bom para uma coletividade – o que pode ser observado, exemplificativamente, em debates como as cotas nas universidades públicas, tema recorrente no Brasil atual, e o custeio de uma saúde pública universal, assunto de destaque na política americana nos dias de hoje.

Já os discursos pragmáticos fundamentam um agir estratégico que procura a atingir uma determinada finalidade previamente selecionada. Com isso, estes discursos abordam qual é o melhor meio para se atingir um determinado fim. Logo, num debate que trata de assunto inserido num discurso pragmático, o melhor argumento é o que traz o meio mais eficaz para a finalidade pretendida. Apenas a título de exemplo, num debate acerca do melhor meio para se chegar a uma localidade, os argumentos devem trabalhar a menor distância, estrada melhor pavimentada, dentre outros possíveis argumentos.

---

<sup>182</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

Habermas vê as três modalidades discursivas acima expostas – morais, éticos e pragmáticos – segundo cada horizonte com características próprias. No entanto, vislumbra também que discursos pragmáticos não problematizam o fim pretendido, ou seja, “qual finalidade deve ser buscada?”, a qual é fornecida por posturas pessoais ou coletivas do que é bom, ponto marcante de discursos éticos. Por sua vez, os discursos éticos não podem ser admitidos juridicamente por si só, posto que seriam incapazes de estabelecer um convívio harmônico socialmente, tendo em vista posturas individualizadas porventura conflitantes. Assim, os discursos éticos devem respeitar discursos morais que têm a pretensão de universalidade, suprindo a deficiência de um horizonte ético *per se*. Com esta cadeia de discursos – pragmáticos-éticos-morais -, Habermas dá conta dos mais diferentes problemas que surgem no agir em sociedade, mas sem perder um direcionamento viabilizador do convívio harmônico, inclusive no plano internacional, num regate da paz perpétua kantiana, com a submissão dos planos ético e pragmático ao plano do discurso moral de justiça universal.

Recapitulando o que foi exposto até o momento, tem-se a proposta habermasiana de reconstrução do direito, que, a partir da virada lingüística e do agir comunicativo, fixa o princípio da democracia, enquanto especialização jurídica do princípio do discurso, como meio de legitimação do direito contemporâneo, mediante a disposição de procedimentos que garantam a participação de todos os destinatários da norma como emissores desta, numa idéia de auto-legislação, nos termos que irei demonstrar a seguir.

Analisando os modelos liberal e republicano de Estado, Habermas vê pontos positivos e negativos em cada modelo, mais precisamente: a) o modelo liberal traz benefícios ao reconhecer a esfera privada como dotada de direitos fundamentais frente às possíveis arbitrariedades estatais, mas apresenta o problema de a política ser vista centrada na economia, sobretudo numa negociação de interesses opostos; b) já o modelo republicano tem como ponto positivo a compreensão do Estado organizado pelos cidadãos que participam de sua formação e normatização através de contribuição ética, sendo esta periodicamente atualizado, porém apresenta os problemas de restringir as temáticas alcançadas pelo Estado e seu poder normativo às questões éticas, ignorando as dimensões morais e pragmáticas, bem como de ficar dependente

das virtudes de cidadãos voltados para o bem comum. Com a finalidade de superar os problemas de cada um dos modelos mencionados, Habermas elabora a base teórico-discursiva da democracia, a qual “[...] coloca uma exigência normativa não tão fraca como o liberal, porém não tão forte como o republicano”<sup>183</sup>, ou seja, assume o lado de formação de normas de conduta através da participação dos cidadãos, mas considera os direitos individuais, ponto que é acentuado pelo liberalismo. Desta forma, para Habermas, há que se buscar superar os modelos republicano e liberal, com base numa teoria do discurso, a fim de viabilizar que a opinião pública e o poder comunicativo, passando pela legislação, se transforme efetivamente em poder administrativo.

O modelo habermasiano, que se apresenta num diálogo com o republicanismo e o liberalismo, torna-se possível mediante a co-dependência entre a autonomia pública e privada, ou seja, na conexão entre soberania popular em forma de liberdades comunicativas e direitos fundamentais em forma de liberdades subjetivas, respectivamente. Assim, numa compreensão procedimental-comunicativa do Estado Democrático de Direito, Habermas vê a seara privada como local onde os indivíduos reconhecem reciprocamente direitos, tais como direito de propriedade e contratual, que viabilizem a auto-realização, enquanto a autonomia pública é o local de debate, onde também se reconhecem direitos, mais especificamente direitos de participação nos fóruns discursivos. Assim, para Habermas é impossível pensar a esfera pública destituída ou mitigada pela esfera privada, e vice-versa,<sup>184</sup> fugindo ao liberalismo e ao republicanismo, à medida que os indivíduos buscam, na esfera privada, a auto-realização, o cumprimento ético e pragmático do que lhe parece bom para si, mas para a garantia de seus direitos é necessário a remissão à esfera pública, campo de debates, onde fica assegurado o direito de inserção discursiva, a fim de que argumentativamente demonstre a plausibilidade racional de seus pontos de vista, conquistando a adesão dos envolvidos e a conseqüente concretização de seus anseios em forma de

---

<sup>183</sup> LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**. ano 43, n.172, outubro-dezembro/2006, p.73-83. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 77.

<sup>184</sup> “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 147).

direitos institucionalizados. De outro lado, a autonomia pública se vê dependente da autonomia privada, pois o repertório dos debates, o dissenso existente no campo social advém dos diferentes projetos pessoais do campo privado, os quais devem chegar a um consenso com a autonomia pública. Concomitantemente a este processo de co-dependência há a legitimação do direito, em conformidade com o princípio da democracia, especialização do princípio do discurso no campo jurídico, já que a legitimidade do direito só pode ser aceito racionalmente pelos cidadãos quando emerge de um processo discursivo de formação da opinião e da vontade.

Desta forma, a democracia participativa ou deliberativa de Habermas foge à compreensão popular diluída no Brasil, segundo a qual democracia restringe-se, de dois em dois anos, eleger um representante para ocupar cargo nos poderes legislativo ou executivo. Habermas contorna este tipo de problema vendo a participação popular e a luta pela conquista de direitos sob o ponto de vista ativo, numa co-dependência entre autonomia privada e autonomia pública, justificando políticas sociais e de inclusão não com efeitos paliativos ou caridade pública, mas como a conquista, mediante a inserção discursiva e o domínio do melhor argumento racionalmente construído das minorias e a conseqüente institucionalização de seus direitos – como no caso dos direitos civis americanos e do movimento feminista.<sup>185</sup>

O sistema de co-dependência entre autonomia privada e pública só pode ser efetivado se assegurado um conjunto de direitos fundamentais no âmbito estatal, ou seja, para que se concretizem as idéias aqui traçadas – e com elas um direito legítimo -, Habermas aponta alguns direitos básicos que devem ser preservados, a fim de garantir o funcionamento democrático na gênese dos direitos. São eles:

- (I) direitos a iguais liberdades individuais (subjctivas); (II) direitos relativos ao status de membro de uma associação voluntária de parceiros sob o direito; (III) direitos a proteção jurídica individual; (IV) direitos a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e (através dos quais) criam direito legítimo; e (V) direitos a condições socioeconômicas e ecológicas de vida que

---

<sup>185</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

garantam iguais oportunidades de utilizar os direitos civis elencados de (I) até (IV).<sup>186</sup>

Estes cinco direitos devem ser delineados e especificados em cada regime democrático concreto. Eles abarcam garantias da autonomia privada dos cidadãos, com direitos a igualdade de direitos individuais - indispensáveis para possibilitar que os indivíduos possam confrontar pontos de vista opostos, formando um espaço público autônomo -, a proteção do direitos mediante o acesso a um órgão imparcial, bem como a possibilidade de adesão voluntária a uma determinada comunidade jurídica – já que é possível a emigração e conseqüente fuga de certas leis jurídicas -, presentes em (I), (II) e (III); direito de participação nos fóruns deliberativos, com igualdade de oportunidades, para a formação da opinião e da vontade comuns, presente em (IV), demonstrando, com isso, que os sujeitos não são apenas destinatários de direitos, mas, também, autores; e, por fim, direito a condições mínimas de existência, sob o ponto de vista social, técnico e ecológico, como o direito a um meio-ambiente saudável e transmissível às demais gerações, presente em (V). Esses cinco direitos não representam direitos naturais, ou seja, previamente dados, mas um conjunto de direitos fundamentais que deve ser instituído em cada regime democrático concreto, a fim de que se torne possível a instituição de um sistema de direitos legítimo sob o horizonte da contemporaneidade.<sup>187</sup>

Com a garantia dos direitos acima expostos, fica, em parte, assegurado o princípio da democracia. Isto, pois a co-dependência entre autonomia pública e privada, na configuração tratada por Habermas, implica o estabelecimento de procedimentos participativos que legitimam o direito posto; e, além disso, concretizam regras imperativas de conduta, viabilizando a harmonia social. Nos termos de Habermas, esse modelo de direito tem condições de intermediar a tensão entre validade (legitimidade do direito) e facticidade (força do direito de impor de forma coercitiva condutas). Contudo, a co-dependência entre autonomia pública e privada, por si só, é insuficiente para efetivar o princípio da democracia, já que carece de uma problematização

---

<sup>186</sup> SCHUMACHER, Aluisio A. **Sobre moral, direito e democracia**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>187</sup> Cf. LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005. p. 131-135.

acerca do poder administrativo, isto é, a lida com o sistema de direitos, uma vez institucionalizado, e sua aplicação pelo Estado, na pessoa de seus representantes.

Buscando completar a reconstrução do direito pensada por Habermas, passo a problematizar a relação entre as diferentes perspectivas do poder político, que, para Habermas, pode ser dividido em dois aspectos, quais sejam: 1) poder comunicativo, que “[...] é exercido por cidadãos que discutem e decidem autonomamente sua práxis, isso é, formam discursivamente sua vontade comum, mas isso não esgota o âmbito político”<sup>188</sup>; e 2) poder administrativo, que é o poder já constituído, mais especificamente, diz respeito à “[...] implementação da vontade comum discutida, ou a aplicação de poder administrativo, bem como a concorrência por posições que autorizam a dispor da administração”<sup>189</sup>. Desta bipartição não há que se falar em um poder administrativo que se auto-gere, estritamente autônomo em relação ao poder comunicativo ou livre em sentido amplo para governar, mas sim na necessidade de que este poder administrativo deve se orientar, buscar seu fundamento, na soberania popular,<sup>190</sup> à medida que esta, a partir do princípio da democracia, faz emergir direitos que restringem a ação do poder comunicativo, atuando, assim, com um papel retroacoplado.<sup>191</sup> Esta soberania popular, presente no poder comunicativo e que merece atenção do poder administrativo, não é exercida por um grupo fisicamente identificável, mas amplamente diluído na sociedade, como fica claro na citação abaixo:

Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. Ela representa uma rede super-complexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e

---

<sup>188</sup> LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005. p. 140.

<sup>189</sup> Ibid., p. 140.

<sup>190</sup> Peters trabalha com idéias similares, porém com a nomenclatura centro e periferia, que representam as idéias de poder administrativo e soberania popular, respectivamente (LUCHI, José Pedro. Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas. In **Revista de informação legislativa**. Brasília. ano 45, n. 180, p. 147-160, 2008. p. 153-155; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 88-91).

<sup>191</sup> Cf. LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**. ano 43, n.172, outubro-dezembro/2006, p.73-83. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 78.



subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc., assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos (por exemplo, em esfera públicas literárias, eclesiásticas, artísticas, feministas, ou ainda, esfera públicas 'alternativas' da política de saúde, da ciência e de outras); além disso, ela se diferencia por níveis, de acordo com a densidade da comunicação, da complexidade organizacional e do alcance, formando três tipos de esfera pública: esfera pública *episódica* (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da *presença organizada* (encontros de pais, público que frequenta o teatro, concertos de Rock, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera pública *abstrata*, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente). Apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas. Limites sociais internos decompõem o texto 'da' esfera pública, que se estende radialmente em todas as direções, sendo transcrita de modo contínuo, em inúmeros pequenos textos, para os quais tudo o mais serve de contexto; porém, sempre existe a possibilidade de lançar uma ponte hermenêutica entre um texto e outro. Além disso, esferas públicas parciais constituem-se com o auxílio de mecanismos de exclusão; como, porém, esferas públicas não podem cristalizar-se na forma de organizações ou sistemas, não existe nenhuma regra de exclusão sem cláusula de suspensão.<sup>192</sup>

Desta forma, Habermas vislumbra um mecanismo depurador de arbitrariedades no poder administrativo, por meio da soberania popular, fortalecida em forma de sociedade civil organizada,<sup>193</sup> que serve como instrumento de contenção de influências externas prejudiciais à democracia, tais como uma atuação manipuladora dos meios de comunicação e a influência da economia na política, ambos chamados por Habermas de poderes sociais. Isso é garantido, pois o poder administrativo não se auto-reproduz, mas se regenera por meio da soberania popular, desde as formas informais desta soberania até as partidárias. Desta maneira, os poderes sociais não têm

---

<sup>192</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 107.

<sup>193</sup> Segundo Habermas: "A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses '*designs*' discursos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração" (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 99).

acesso imediato ao *medium* do direito, porquanto dependem de sua consagração, que está ligada à soberania popular, evitando, com isso, qualquer tipo de absorção jurídica de temas ilegítimos e sua operação no poder administrativo. Isto, pois os conteúdos aplicados pelo poder administrativo devem percorrer, dos mais diferentes modos, a “periferia”, de forma que estes conteúdos tenham se mostrado relevantes e amadurecidos num debate popular e passíveis de análise e consagração jurídica, limitando o poder administrativo, “[...] porque a mobilização endógena da esfera pública coloca em movimento uma lei, normalmente latente, inscrita na estrutura interna de qualquer esfera pública e sempre presente na autocompreensão normativa dos meios de comunicação de massa, segundo a qual, os que estão jogando na arena devem a sua influência ao assentimento da galeria”<sup>194</sup>.

Assim, demonstrou-se que é a passagem do poder comunicativo para o poder administrativo, que ocorre através da intermediação do direito. Com a institucionalização de pontos de vista, criam-se direitos e normas organizacionais do Estado, as quais, enquanto poder administrativo devem obedecer os limites do poder comunicativo. Os operadores da máquina estatal, como membros do executivo e do judiciário, não podem se opor aos limites juridicamente fixados.

Portanto, a reconstrução do direito em Habermas está diretamente ligada com a legitimidade deste, que se dá por meio do princípio da democracia, especialização do princípio do discurso no campo jurídico, o qual prevê que os destinatários das normas jurídicas devem também participar do seu processo de criação, sendo, com isso, simultaneamente, emissores e destinatários. Para que essa idéia seja configurada, Habermas prevê dois dispositivos que afastam possíveis erros. O primeiro dispositivo é a relação entre autonomia privada e autonomia pública, que evita o paternalismo e a discriminação desnecessária na conquista de direitos individuais, o que se dá através da exigência de participação e conquista destes direitos dos procedimentos discursivos, devendo prevalecer o melhor argumento racional. O segundo

---

<sup>194</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 116. No mesmo sentido: DUTRA, Delamar José Volpato. **Da função da sociedade civil em Hegel y Habermas**. Disponível em: <[www.scielo.org.ve](http://www.scielo.org.ve)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

dispositivo é a relação de retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo, marcando a direção do poder político,<sup>195</sup> garantindo que aquele não cometa nenhuma arbitrariedade e, conseqüentemente, garantindo a primazia da legislação democrática legitimamente gerada.

Esta incursão no pensamento habermasiano, em especial na reconstrução do direito, não estaria pronta sem a apresentação da compreensão da constitucionalidade traçado por Habermas. Ficou fixado até aqui que o poder, em última instância, através dos mecanismos de controle do poder político ou da legitimidade do código de direitos construído, tem origem, em última instância, na esfera pública. Assim, Habermas entende a constituição como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma,<sup>196</sup> ou seja, “[...] Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública”<sup>197</sup>. Em outras palavras, a idéia de constituição foge ao pensamento liberal de maioria e do pensamento de vontade geral republicano, atuando como instituidora de critérios procedimentais discursivos controladores que têm o papel de garantir o princípio da democracia, ou seja, a figura da auto-legislação através da possibilidade de participação de todos os concernidos na criação do direito legítimo, atuando, com isso, como emissores e destinatários do direito, segundo a co-dependência entre autonomia pública e privada e garantidos pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo. Logo, a Constituição para Habermas não se confunde com um simples ato de poder, mas com a institucionalização de procedimentos que garantem a participação discursiva da esfera pública na criação de normas, resultando da garantia da legitimidade do direito.

Seguindo este sentido de direito e de constituição, vale ressaltar a compreensão habermasiana de controle de constitucionalidade. Segundo

---

<sup>195</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 233-234.

<sup>196</sup> Cf. *Ibid.*, p. 235-236.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 346-347.

Habermas,<sup>198</sup> a ação do judiciário, o que inclui, por certo as cortes constitucionais, não pode ir além do direito democraticamente construído no interior de uma sociedade, demonstrando uma preocupação salutar com a segurança jurídica. A justiça de uma decisão, portanto, é a observância dos limites do direito legitimamente posto, e não uma busca por valores anteriores a qualquer direito, como o jusnaturalismo sedimentou há alguns séculos,<sup>199</sup> funcionando o judiciário, assim, em especial a corte constitucional, como o guardião da democracia, à medida que corrige eventuais arbitrariedades da administração pública e da sociedade como um todo, além de preservar na sua atuação o direito legitimamente posto, eis que democrático. Isto, pois, no paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública “[...] é tida como a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que *inclui* o centro político, no qual se originam os impulsos”<sup>200</sup>, o que autoriza, inclusive, de acordo com Habermas, um controle de constitucionalidade da mídia, a fim de que se evite uma manipulação da esfera pública visando a interesses anti-democráticos.<sup>201</sup> Em resumo, o judiciário deve, além de solucionar os conflitos existentes na sociedade, zelar pelo modelo procedimental democrático, mediante a obediência das normas democraticamente postas, as quais devem funcionar como fontes formais do direito e base para as decisões, bem como na exigência dos demais órgãos públicos e privados do cumprimento desta exigência.

Ficou demonstrado, portanto, o pensamento de Habermas em sua reconstrução do direito segundo um modelo procedimental democrático, fazendo com que a esfera pública seja ativa e responsável pela conquista e consagração de direitos. A seguir, demonstrarei a filosofia do direito de Habermas, numa visão cooperativa dos saberes, como o fundamento racional da metodologia jurídica apresentada no formalismo-valorativo.

---

<sup>198</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. capítulo V.

<sup>199</sup> Cf. *Ibid.*, p. 235-236; 345-346

<sup>200</sup> *Id.* **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 186-187.

<sup>201</sup> Cf. *Ibid.*, p. 186-187.

## 4.2. O FORMALISMO-VALORATIVO COMO A CONCRETIZAÇÃO DE UMA TEORIA FILOSÓFICA DA DEMOCRACIA

No primeiro capítulo fixou-se o entendimento de que a filosofia, a partir do giro lingüístico, tem o papel de guardião de lugar e intérprete, isto é, compete à filosofia dialogar com os demais saberes – ciência, moral e arte -, a fim de que, numa visão cooperativa, auxilie numa compreensão totalizante do mundo da vida<sup>202</sup>. Esta idéia foi explorada no campo do direito através da bipartição do estudo jurídico proposto por Viehweg: um estudo de característica zetética, ou seja, problematizadora é inerente à filosofia do direito; outro estudo de característica dogmática, operativa, é típico da dogmática jurídica. Somam-se a estas considerações a teoria geral do direito e a teoria geral do processo, tendo estas características zetéticas e dogmáticas, posto que são estudos operativos, porém transistemáticos. As dimensões zetética, zetética-dogmática e dogmática formam uma cadeia que permite a compreensão totalizante do objeto Direito.<sup>203</sup>

Já no segundo capítulo, foram enfrentadas as diferentes fases do processo civil no Brasil, destacando-se o formalismo-valorativo como a metodologia jurídica do atual processo civil brasileiro. As principais características desta fase metodológica são a assunção do neoconstitucionalismo e do processo democrático. O neoconstitucionalismo coloca a constituição como o conjunto de normas que consagra os principais valores sociais dentro do ordenamento jurídico, os quais devem ser observados em primeiro plano na aplicação do direito. Já o processo democrático compreende a participação dos sujeitos do processo de forma cooperativa, guardando ao juiz o dever de fundamentação das decisões e às partes o dever de debates e direito de convencimento.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a idéia de Reconstrução em Habermas. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 185-200, 2005.

<sup>203</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997; VIEHWEG, Theodor. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/dcentauros/v/vierwegnpdf.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008.

<sup>204</sup> Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 de jul. 2009;

No terceiro capítulo foi exposta a reconstrução do sistema de direitos proposto por Jürgen Habermas. Nesta reconstrução difunde-se a idéia de que, segundo o princípio democrático, as normas jurídicas devem ter como emissor e destinatário a esfera pública, o que é conquistado através da co-dependência entre autonomia pública e privada e garantida pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo.<sup>205</sup>

Diante disto, o estudo proposto neste tópico é uma análise que busca diálogo da filosofia do direito de Habermas com a metodologia jurídico-científica do formalismo-valorativo. Este diálogo não reúne dois campos herméticos, porquanto, tanto a filosofia do direito de Habermas, como o formalismo-valorativo, estão lidando com o mesmo objeto de estudos, o Direito, porém sob enfoques diferenciados – um externo, outro interno. Assim, com enfoques

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de jul. de 2009; SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35-36; ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS; BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010; VALE, André Rufino. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <[bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010; SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

<sup>205</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004; HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004; HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Sobre o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SCHUMACHER, Aluisio A. **Sobre moral, direito e democracia**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009; LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005; LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**. ano 43, n.172, outubro-dezembro/2006, p.73-83. Brasília: Senado Federal, 2006; LUCHI, José Pedro. Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas. In **Revista de informação legislativa**. Brasília. ano 45, n. 180, p. 147-160, 2008; DUTRA, Delamar José Volpato. **Da função da sociedade civil em Hegel y Habermas**. Disponível em: <[www.scielo.org.ve](http://www.scielo.org.ve)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

diferentes, mas ambos lidando com o Direito, o estudo aqui proposto, como já ensaiado anteriormente e aqui explicitado, busca relacionar de modo cooperativo os dois pontos de análise. A filosofia do direito de Habermas contribuindo na compreensão do formalismo-valorativo através de estudos mais universais que fornecem o fundamento racional da prática jurídica; e o formalismo-valorativo contribui para a filosofia do direito de Habermas à medida que representam uma densificação das idéias deste autor.

Dentre as diferentes análises que serão feitas, dentro da perspectiva cooperativa, acima apontada, demonstrar-se-á o papel da participação no direito, a crítica ao positivismo jurídico e a preocupação com a segurança jurídica, todos esses pontos, de uma forma ou de outra, presentes tanto nas idéias de Habermas como no formalismo-valorativo.

#### **4.2.1. O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO NO DIREITO**

Passando a analisar o primeiro ponto, o papel da participação no direito, viu-se em Habermas que a gênese dos direitos se legitima através do princípio da democracia, institucionalização jurídica do princípio do discurso, segundo o qual as normas jurídicas têm legitimidade quando os destinatários da norma participam de sua criação, mais especificamente mediante a possibilidade de participação discursiva no procedimento de criação de direitos. Assim, uma norma jurídica tem legitimidade com a participação dos concernidos. Todos os demais desdobramentos do pensamento habermasiano, no campo do direito, são a busca pela garantia desta premissa, a qual, segundo o autor em foco, é fundamental diante da crise de legitimidade do direito na atualidade, tendo em vista a dessacralização do mundo, a complexidade social e a influência dos poderes sociais – como a economia e a mídia tendenciosa. Neste quadro, o direito carece de um procedimento legitimador, que é pensado por Habermas através do princípio da democracia.

O que fora descrito acima representa o pensamento habermasiano no que tange à gênese dos direitos ou, nos termos de Habermas, nos discursos de

fundamentação.<sup>206</sup> No que diz respeito aos discursos de aplicação do direito, como no caso do processo civil, Habermas os destaca da seguinte maneira:

Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, utilizado para interpretações construtivas, é alheio a caracterizações semânticas, apontando para pressupostos pragmáticos da argumentação.<sup>207</sup>

Conforme observado na citação acima, Habermas compreende os discursos de aplicação do direito já instituído, incluindo a ação julgadora do Poder Judiciário, de modo controlado, à medida que a ação aplicadora não pode violar os discursos de fundamentação. Isto se deve à compreensão de que o poder, em última instância, deve emanar do poder comunicativo inerente à esfera pública, de onde se confere legitimidade aos direitos, sendo, com isso, ilegítima qualquer aplicação que ignora estes discursos democraticamente legitimados, pondo em primeiro plano opiniões pessoais ou burlas da autoridade estatal aplicadora do direito. Com isso, no processo civil, Habermas veda ao magistrado, ao julgar uma lide, deixar de obedecer ao direito posto, resultando na condução dos discursos de aplicação pelos discursos de fundamentação.

Dois pontos são evidentemente relevantes para Habermas: a segurança jurídica e a participação dos destinatários da norma para a legitimação do direito. Deixarei para uma problematização mais adiante a questão da segurança jurídica e lidarei agora com o aspecto participativo do direito. Neste aspecto Habermas, por razão de seu corte metodológico próprio da filosofia do direito, não se ocupa com um olhar interno sobre o processo, como este deve se organizar, o que, por sua vez é feito pelo formalismo-valorativo. O formalismo-valorativo expõe que as decisões judiciais, no contexto do Estado Democrático Constitucional, devem ser baseadas na visão cooperativa, uma

---

<sup>206</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>207</sup> Id. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 284-285.



“comunidade de trabalho” entre os sujeitos do processo a fim de que se respeitem os direitos fundamentais de quarta geração – direitos a participação -,<sup>208</sup> assim como tornar possível alcançar a pacificação social e uma decisão justa. Estes últimos dois pontos, segundo o formalismo-valorativo, só podem ser concretizados, num horizonte neoconstitucionalista e pós-positivista – que resultam no imperativo de que todas as normas (regras e princípios) devem ser interpretadas em conformidade com a constituição -, através de um contraditório forte, onde se garante às partes direito de influência e dever de debates; e ao magistrado o dever de não surpreender as partes, de fundamentação das decisões judiciais, bem como a busca pela justiça material. Isto, pois, com o afastamento de um legalismo positivista, os juízes e as partes trabalham com normas jurídicas que dependem de uma atividade interpretativa mais ampla, como a correção da lei em relação à constituição, concretização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Tais tarefas demandam a visão cooperativa de processo para garantir a proteção contra erros ou arbitrariedades, à medida que se tem uma atividade intelectual que ultrapassa a ação mecânica da subsunção do fato à norma.

Observa-se, inicialmente que a participação tratada em Habermas e no formalismo-valorativo é de natureza diversa. A participação tratada por Habermas é nos chamados discursos de fundamentação, próprios da esfera legislativa; ao passo que a participação do formalismo-valorativo se dá no âmbito dos discursos de aplicação, próprios do executivo e do judiciário, porém sob o enfoque apenas deste último.<sup>209</sup> Assim, relacionando estas duas vertentes, a filosofia do direito de Habermas contribui para o formalismo-valorativo, eis que permite o esclarecimento do fundamento racional do direito atual, calcando-o na democracia, bem como demonstrando seu limite na preservação do direito legitimamente instituído através da figura de um legislativo poroso que permite a inserção da esfera pública.

---

<sup>208</sup> Conforme classificação de Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

<sup>209</sup> Sobre a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulos IV e V.

De outro lado, o formalismo-valorativo pode ser visto como uma contribuição ao pensamento habermasiano, tendo em vista que este, em virtude de corte metodológico, não problematiza a participação dos envolvidos em processos judiciais, colocando apenas o limite de que os discursos de aplicação não podem violar os discursos de legitimação. O que o formalismo-valorativo faz em sua metodologia científico-jurídica é, preservando os discursos de legitimação, uma vez que não viola o direito posto, trazer o imperativo participativo para o campo processual, a fim de que se construa uma legislação e um processo democráticos e que respondam às demandas da contemporaneidade.

Ademais, a compreensão acima destacada, de um processo civil participativo orientado por um fundamento racional habermasiano, pode ter outras inúmeras contribuições no campo operativo. Uma que merece destaque é a expansão, tanto teórica como prática, do ideal de participação no direito para além das figuras tradicionais do processo – juiz e partes - com a valorização do *amicus curiae*<sup>210</sup> no processo civil brasileiro.

Em análise geral da figura do *amicus curiae*, pode-se afirmar que este não é parte no processo judicial, já que não formula pedido em nome próprio ou em nome de outrem, casos em que seria autor; nem é o sujeito em relação a quem se pede a tutela jurisdicional, caso em que seria réu. Portanto, trata-se de um terceiro interveniente no processo. Todavia, tal participação não se confunde com as intervenções de terceiros ordinárias, reguladas pelo Código de

---

<sup>210</sup> No que diz respeito à nomenclatura, adota-se, neste trabalho, a expressão latina, de aplicação corrente na literatura jurídica, *amicus curiae*, que, vertido para o português, significa “amigo da Corte”, expressão esta que em seu conteúdo aponta para o terceiro que intervêm no processo com informações substanciais para o aperfeiçoamento da decisão, embora direito seu não esteja sendo discutido diretamente. Na existência de pluralidade do *amicus curiae*, adota-se a nomenclatura *amici curiae*, isto é, amigos da Corte, também em conformidade com a literatura especializada no tema (Cf. BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador. n. 14 , p. 39-47, 2002; CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117 , p. 9-41, 2004; FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 799-823; PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 28, n. 109 , p. 39-44, 2003; SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.).

Processo Civil em seu Livro I, Título II, Capítulo VI (artigos 56 a 80). Esta diferença se deve ao fato dos terceiros intervenientes regulados pelo Código de Processo Civil intervirem no processo em proteção imediata de interesse e direito próprios, ou seja, trata-se de uma motivação, nos termos de Cassio Scarpinella Bueno, “egoísta”.<sup>211</sup> Por outro lado, o *amicus curiae* tem como causa de sua intervenção o compartilhamento de saber, pertinente ao processo, de que é possuidor, a fim de se chegar a uma melhor solução da lide, independentemente do benefício do réu ou do autor - visto que não há, de forma imediata, direito do *amicus curiae* em debate -, sendo, desta forma, uma motivação “altruísta”.<sup>212</sup> Portanto, pode-se compreender o *amicus curiae* como um terceiro que intervém no processo de modo próprio, tendo como causa o aperfeiçoamento da decisão jurisdicional por conta das informações especiais<sup>213</sup> oferecidas, as quais, como efeito, e apenas como efeito, beneficiam autor ou réu. Assim, pode-se dizer que o *amicus curiae* está imbuído de um interesse público,<sup>214</sup> porquanto o ato interveniente é movido por um interesse jurídico diverso da concepção clássica subjetivo-individual, mas um interesse que ultrapassa a figura isolada do *amicus curiae* e atinge a coletividade ao se pretender melhorar a tutela jurisdicional a partir dos conhecimentos trazidos ao processo.

---

<sup>211</sup> Cf. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 438-439.

<sup>212</sup> Cf. Ibid., p. 438-439.

<sup>213</sup> Acrescentou-se o termo “especiais” com a finalidade de demonstrar o ponto diferenciador entre o *amicus curiae* e a testemunha. Tanto o *amicus curiae*, como a testemunha são terceiros no processo por serem estranhos ao litígio, porém as informações prestadas por um e outro são de dimensões diversas: as informações trazidas ao processo pelo *amicus curiae* comportam uma carga de valoração pessoal mais intensa do que as informações trazidas pela testemunha (Cf. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 369-371). Dado este caráter valorativo mais acentuado, buscando, como já dito, evitar confusões com o papel da testemunha no processo, diz-se que o *amicus curiae* presta informações especiais ao juízo.

<sup>214</sup> Cf. PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 28, n. 109, p. 39-44, 2003; CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004. Cassio Scarpinella prefere a nomenclatura “interesse institucional” para diferenciar o interesse do *amicus curiae* do que comumente se entende por “interesse público” no direito brasileiro, dada, em linhas gerais, a posição “altruísta”, no sentido já destacado acima, do interveniente em foco (Cf. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.).

Desde 1978, quando é introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a figura do *amicus curiae*,<sup>215</sup> este instituto tem ganhado importância, o que pode ser observado com o surgimento de outras normas jurídicas que expressamente admitem a utilização desta modalidade interventiva, como também através do posicionamento dos tribunais brasileiros que com maior intensidade têm aplicado o *amicus curiae*, destacando-se o Supremo Tribunal Federal. E a crescente importância não é um mero acaso. Analisando este aspecto sob o ponto de vista político-filosófico, verifica-se que coincide com um momento particular da história do Brasil e, paralelamente, com a produção intelectual emergente neste período. O fenômeno da história do Brasil ao qual me refiro é o processo de redemocratização do país, ainda em sua fase inicial no governo Geisel, mas que, de toda sorte, aponta um descontentamento cada vez mais intenso que motivou os militares a admitirem o começo de uma abertura (“lenta, gradual e segura”, evidenciada inclusive por suas marchas e contramarchas) do poder excessivamente centralizado. Acompanhando o fenômeno anteriormente descrito, tem-se a produção de obras e ensaios de alguns pensadores, como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, que, como já exposto no tópico anterior, defendem uma democracia fundada na teoria da comunicação, a qual, no campo político, dá ensejo à participação popular e deliberação acerca dos pontos de vista conflitantes. Estas idéias, então emergentes, iniciam, no plano teórico e legislativo, um processo de alteração do fundamento racional do direito com a assimilação de institutos mais

---

<sup>215</sup> Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004. p. 11. O artigo 31 da Lei 6.385/1976, incluído pela Lei 6.616/1978, prevê a possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) intervir nos processos judiciais que versem sobre matéria de sua competência para oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, como se observa no dispositivo legal abaixo citado:

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes.

democráticos e participativos, tal como o *amicus curiae*. Desta forma, histórica, política e filosoficamente o *amicus curiae* encontra amparo e incentivo para sua ampliação a partir da década de 70, pois o *amicus curiae* é “[...] forma de manifestação inerente a (ou decorrente de) um modelo democrático de Estado [...]”<sup>216</sup>. Este quadro se fortalece na atualidade com a sedimentação da democracia brasileira, notada com os mais de 20 anos da Constituição de 1988 – Constituição Cidadã – e com as inúmeras reformas legislativas no campo processual civil que têm como fundamento racional filosofias democráticas, as quais encontram representatividade no pensamento de Habermas.

Também no campo científico-jurídico há uma concordância de que o panorama do direito atual propicia a expansão do *amicus curiae*. De acordo com a literatura jurídica que lida com o tema,<sup>217</sup> as idéias de “comunidade de trabalho” e contraditório forte, acima abordadas, associadas com as noções de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, implicam uma abertura no processo para além dos sujeitos tradicionais – partes e juiz -, permitindo que outras vozes, interessadas na solução adequada do litígio, possam participar dos debates processuais. Esta participação é ainda mais justificável com o afastamento do legalismo positivista e a conseqüente necessidade dos sujeitos do processo realizarem uma tarefa mais complexa na aplicação do direito, que envolve, como já exposto, a adequação das normas infra-constitucionais à Constituição e a concretização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, sob o ponto de vista de uma metodologia jurídica que defende um processo democrático, como é o caso do formalismo-valorativo, ampliar, dentro da cultura jurídica, a intervenção do *amicus curiae* é

---

<sup>216</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.

<sup>217</sup> Cf. BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador. n. 14 , p. 39-47, 2002; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117 , p. 9-41, 2004; FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae). In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 799-823; PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 28, n. 109 , p. 39-44, 2003; SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

imperativo para se evitar erros e arbitrariedade nos julgamentos, além de abrir um canal para que importantes conhecimentos pertinentes ao processo sejam levados em conta nos debates e nas decisões.

Hoje, uma das searas onde a aplicação do *amicus curiae* tem maior notoriedade, embora de utilização ainda um pouco tímida, é no procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade. Neste procedimento, o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999<sup>218</sup> prevê expressamente a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* – em que pese o fato de existirem casos em que o Supremo Tribunal Federal tenha admitido esta intervenção antes da edição da lei em comento. Permite-se, com isso, que os interessados na decisão possam expor as razões jurídicas pelas quais se deve julgar constitucional ou inconstitucional determinada norma e, com isso, tutelando sem intermediários seus interesses e resultando numa garantia contra erros, arbitrariedades, injustiças ou manipulações, porquanto o resultado do processo estará diretamente ligado com a participação, controle e inspeção dos sujeitos cooperativos, sem que uma decisão venha surpreender estes, o que ocorre através dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio dos magistrados. Esta previsão legislativa acompanha, segundo o Ministro Gilmar Mendes,<sup>219</sup> a idéia mais aceita de hermenêutica constitucional atual, segundo a qual deve haver uma abertura de intérpretes no momento de se interpretar a Constituição, sem que, desta forma, fique a atividade interpretativa da Constituição restrita a um grupo fechado de participantes formais do processo constitucional: “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”<sup>220</sup>, ou seja, em outras palavras, “[...] no processo de

---

<sup>218</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>219</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. No mesmo sentido: SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004.

<sup>220</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numeros clausus* de intérpretes da Constituição<sup>221</sup>. Há, portanto, uma clara preocupação em otimizar a ciência constitucional – onde se encontra o controle de constitucionalidade e nele as ações diretas de inconstitucionalidade – através da aproximação de um horizonte democrático, à medida que toma os cidadãos como indivíduos ativos no processo de hermenêutica constitucional. Dentro deste contexto, uma das formas mais aperfeiçoadas que permitem a inclusão participativa aqui em foco, conforme Häberle,<sup>222</sup> é a utilização de audiências públicas, que se tem como exemplo paradigmático recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal nº 100070023542, do qual era relator o desembargador Samuel Meira Brasil Júnior<sup>223</sup>. Neste processo, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, por meio de sua Procuradora Geral de Justiça, requereu a decretação de inconstitucionalidade da Lei do Município de Vitória nº 6.225, de 24 de novembro de 2004. Tal lei instituiu ação afirmativa com a criação do regime de cotas para afro-descendentes nos concursos públicos do Município, a fim de reparar injustiças criadas durante o período histórico escravagista. Para o Ministério Público do Estado do Espírito Santo a referida lei era inconstitucional por dois vícios: formal, porque usurpava a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; e material, já que entendia que o conteúdo da lei em análise contrariava o princípio da igualdade. Diante deste caso descrito, o Desembargador relator decidiu realizar uma audiência pública presencial, devendo os interessados se inscreverem para participação, bem como um fórum de debates virtual, os quais serviriam como instrumento para convencimento dos magistrados, sobretudo num tema que demanda a

---

<sup>221</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

<sup>222</sup> Cf. *Ibid.*, p. 46-48.

<sup>223</sup> Outras audiências públicas merecem destaque, como as ocorridas na Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, que discutia a respeito da pesquisa com células-tronco (a participação desta audiência pública foi de peritos e cientistas com a finalidade de esclarecer detalhes acerca das pesquisas com células-tronco) e nas Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e 101, que versavam acerca do aborto de feto Anencefálico e da importação de pneus usados e remoldados, respectivamente, todas ocorridas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

oitiva dos diferentes segmentos sociais acerca da postura do que é bom para nossa coletividade (discurso ético). Vejamos trechos da referida decisão.<sup>224</sup>

A controvérsia está criada. E é preciso solucioná-la. Não há como desdenhar do problema, pretendendo que ele não exista. E melhor do que construir a solução através de uma reflexão consigo mesmo, na solidão de seu próprio pensamento, o Tribunal deve buscar uma interpretação pluralista decorrente das diversas possibilidades que a democracia oferece em uma sociedade complexa.

[...]

Nesse contexto, os Tribunais – e a Sociedade Civil, de modo geral – devem enfrentar o problema, discuti-lo abertamente, com seriedade, honestidade, sensibilidade jurídica e responsabilidade social. E, acima de tudo, com respeito mútuo. Somente analisando as possibilidades e debatendo as conseqüências e soluções poderemos obter, de modo civilizado e racional, uma resposta que possa ser considerada razoável e adequada para os argumentos aduzidos por todos os interessados.

Mesmo que a solução judicial esteja longe de um resultado ideal – é impossível obter, nessa espécie de controvérsia, a denominada “única resposta correta” –, somente com um amplo debate e mediante a consideração de todos os argumentos e circunstâncias possíveis (*ceteris paribus all-things-considered*) é que a tutela jurisdicional estará mais próxima de um resultado que possa ser considerado justo ou, no mínimo, menos injusto.

[...]

Mas, poderíamos indagar, como preservar o mínimo da função integrativa das normas constitucionais, em uma demanda como esta?

Não há outra resposta, a não ser através da participação democrática na interpretação da Constituição. Isto é, por intermédio de um amplo debate e de uma interpretação feita por uma sociedade aberta.

Agindo assim, os grupos sociais terão a oportunidade de influenciar os órgãos formais de interpretação constitucional (os tribunais) e a si mesmos (grupos opostos ou neutros), aduzindo argumentos – racionais e razoáveis – para tentar demonstrar a necessidade de a sua tese ser acolhida. Essa discussão pública, se realizada com responsabilidade social, seriedade jurídica e equilíbrio, visa a resgatar, através do consenso (argumentativo), a integração social preconizada pela Constituição.

[...]

Estamos acostumados a considerar apenas a interpretação elaborada pelos órgãos estatais e pelos participantes formais do processo constitucional (tribunais, órgãos públicos etc). Mas não podemos esquecer – ou sequer excluir – aqueles que são os próprios titulares do poder, independentemente de uma vinculação formal ao seu exercício.

[...]

Por sua vez, o modo de se obter tanto a participação popular como a democratização da decisão, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, será através de uma audiência pública, em que todos os argumentos, científicos ou não, serão conhecidos.

<sup>224</sup> A decisão na íntegra encontra-se em anexo.



[...]

Dada essa característica do processo objetivo de controle de constitucionalidade, torna-se ainda mais importante assegurar a participação popular como forma de aumentar a legitimação da decisão. Quanto maior for a participação democrática na audiência pública, maior será a legitimação da própria decisão, que considerará os argumentos e as preferências dos participantes ao solucionar a controvérsia.<sup>225</sup>

Como se observa nos trechos acima reproduzidos, o desembargador relator, no campo do processo judicial, busca a legitimidade da decisão através da participação democrática dos concernidos. Como resultado, tem-se uma decisão que, além de respeitar o direito posto (discursos de fundamentação), permite a influência efetiva dos envolvidos na decisão, com a finalidade de demonstrar as razões jurídicas que merecem atenção pelos julgadores, bem como a interpretação das leis em conformidade com a constituição, evitando-se equívocos, injustiças e arbitrariedades, enaltecendo, desta maneira, uma visão cooperativa entre filosofia do direito de Habermas e formalismo-valorativo.

Neste ponto vale ressaltar que embora o *amicus curiae* tenha destaque no controle concentrado de constitucionalidade, como acima exposto, existem outras situações que o direito positivo prevê expressamente a possibilidade de utilização deste instituto democrático. Alguns exemplos podem ser encontrados no *caput* dos artigos 57<sup>226</sup> e 175<sup>227</sup>, ambos da Lei 9.279/1996 e o artigo 89 da Lei 8.884/1994<sup>228</sup>. Contudo, a grande contribuição de se associar um estudo do *amicus curiae* à filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo é uma leitura que viabiliza a aplicação do instituto em análise a todos os casos no processo civil em que for justificável esta modalidade interventiva, porquanto se trata de postura que melhor se alinha com a compreensão de um processo civil democrático e constitucionalizado no contexto brasileiro atual. As razões para esta afirmação

<sup>225</sup> ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Decisão monocrática. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal nº 100070023542. Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Câmara Municipal de Vitória. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Vitória, 16 set. 2008. Disponível em: <www.tj.es.gov.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>226</sup> Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

<sup>227</sup> Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

<sup>228</sup> Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

encontram-se não só no imperativo democrático-constitucional mencionado, mas também sob outra ordem, a saber: a importância dos precedentes judiciais no direito brasileiro.

Explica-se: embora o direito brasileiro seja caracterizado como pertencente à tradição do *civil Law*, isto é, que valoriza em primeiro plano a lei, não se pode olvidar que os precedentes judiciais sempre foram levados em conta pelos aplicadores do direito no dia-a-dia forense, ou seja, *culturalmente* o papel dos precedentes judiciais ultrapassava a importância dispensada dentro do direito positivo e atingia uma posição de destaque no convencimento e na argumentação jurídica.<sup>229</sup> Hoje ainda há esta importância cultural, mas ela está associada ao fato de que o sistema processual civil brasileiro passou por inúmeras modificações, de modo que não só na cultura jurídica recebem tratamento especial, mas também dentro do direito positivo, como nos casos das súmulas vinculantes<sup>230</sup> e das súmulas impeditivas de recursos<sup>231</sup>, os

---

<sup>229</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. No mesmo sentido encontra-se Barbosa Moreira, conforme se observa no trecho a seguir: “Na verdade, a jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça. Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes – operação a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313. p. 300.).

<sup>230</sup> Art. 103-A da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

artigos 285-A<sup>232</sup> e 557<sup>233</sup>, ambos do Código de Processo Civil e a uniformização da jurisprudência<sup>234</sup>. Estas alterações demonstram vários

<sup>231</sup> Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

<sup>232</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

<sup>233</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

<sup>234</sup> O procedimento de uniformização da jurisprudência figura no Código de Processo Civil nos artigos 476 a 479.

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Vale destacar, ainda, que a uniformização da jurisprudência também ocorre mediante o recurso especial, conforme se observa no dispositivo constitucional citado abaixo:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Acresce-se, também, que a organização do judiciário brasileiro e a distribuição da competência recursal contribuem para a uniformização da jurisprudência através da progressiva centralização das instâncias superiores, ou seja, quanto maior a instância recursal, menor a quantidade de órgãos para análise dos recursos, o que encaminha à referida uniformização.

aspectos relevantes: 1) preocupação com o princípio da igualdade no que diz respeito ao tratamento idêntico a situações idênticas – o que implica num prestígio à segurança jurídica; 2) preocupação com a celeridade processual; e 3) maior aproximação do direito brasileiro com o modelo de precedentes do *common law*, demonstrando que uma separação hermética entre as duas grandes tradições jurídicas inexistente. Em resumo, o direito processual civil brasileiro tem dado significativamente mais importância aos precedentes judiciais. Por consequência, o julgamento de uma ação isolada, onde tradicionalmente se enxergava interesse apenas daqueles indivíduos envolvidos no litígio, tende a ganhar transcendência no contexto atual, já que este julgado figurará como um precedente, que pode levar à aplicação da uniformização da jurisprudência - seja através dos recursos aos Tribunais Superiores, seja através do procedimento de uniformização nos Tribunais (artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil -; ou, ainda, num conjunto de precedentes, a aplicação da súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos ou dos artigos 285-A e 557, ambos do Código de Processo Civil. Assim, ações aparentemente isoladas podem produzir efeitos em ações idênticas, não só por conta de uma cultura jurídica que valoriza os precedentes, mas, também, por imposição do direito positivo. Este quadro implica na importância e necessidade da intensificação da intervenção do *amicus curiae* no processo civil brasileiro atual, não “[...] mero desejo, mera faculdade derivada do sistema, mas, muito mais do que isso, verdadeira regra de imposição aos juízes [...]”<sup>235</sup>, com sua ampliação a todos os casos em que é necessária tal intervenção, pois estes terceiros “atípicos”, embora sem direito imediatamente discutido na lide, têm interesse na apreciação de certos argumentos, tendo em vista a valorização dos precedentes, acima destacada, em casos futuros - que se soma à já comentada complexidade e abertura na interpretação jurídica com a inserção da necessidade de concretização das normas constitucionais e de princípios em geral, além das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 632-633.

<sup>236</sup> Cf SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006; CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos*

Caminhando para um desfecho acerca da temática *amicus curiae*, é importante consignar que a ampliação e necessidade da intervenção em análise não demandam criação ou alteração legislativa.<sup>237</sup> O sistema processual civil brasileiro atual comporta sua aplicação imediata, tendo em vista já estarem consagrados os princípios da igualdade, participação e interesse público, todos em conformidade com o fundamento racional do direito calcado na democracia, como já exposto.<sup>238</sup> Assim, qualquer processo, individual ou coletivo, que discuta interesse público, ou seja, que extrapola o interesse das partes em litígio, deve ter aberta a via interventiva do *amicus curiae*. Naturalmente que a ampliação e necessidade aqui discutidas não significam a aplicação irrestrita do instituto do *amicus curiae*, visto que, deve-se observar, no caso específico, se os princípios da igualdade, participação e interesse público ponderados num conflito frente a outros princípios, como o da efetividade do processo, justificam a intervenção,<sup>239</sup> obrigando-se, com isso, que as informações prestadas por quem intervém sejam de suma importância dentro do processo e evitando uma complexização inútil e desnecessária do procedimento.<sup>240</sup>

Portanto, o ideal democrático é um imperativo presente em todas as esferas do Estado. Um estudo que une a democracia deliberativa habermasiana com a

---

interventivos similares: o *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004; FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 799-823.

<sup>237</sup> Cf. SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 28, n. 109, p. 39-44, 2003; CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004.

<sup>238</sup> Embora possa-se aplicar imediatamente o instituto do *amicus curiae*, é interesse e salutar a sistematização pela via do direito positivo, como adverte Cassio Scarpinella (SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.).

<sup>239</sup> Acerca da proporcionalidade: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. Cidade do México: Fontamara, 2002; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>240</sup> Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117, p. 9-41, 2004.

metodologia científico-jurídica do formalismo-valorativo permite a compreensão deste ideal democrático na gênese dos direitos, em sede legislativa, bem como no momento de sua aplicação, com o processo judicial cooperativo, destacando-se a figura do *amicus curiae*. Desta forma, um processo civil democrático parte da restrição de violação do direito legítimo legislado até chegar à participação efetiva dos sujeitos do processo, nos termos aqui destacados, o que leva a uma maior qualidade, transparência e legitimidade do direito.

#### 4.2.2. CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

Passando ao segundo ponto de análise – crítica ao positivismo jurídico -, adotarei como método de exposição uma rápida demonstração da idéia de legitimidade do direito presente no positivismo, para, em seguida, apresentar as críticas formuladas pelo pensamento de Habermas e pelo formalismo-valorativo. Assim, tomando como referencial teórico Hans Kelsen, o positivismo jurídico funde Direito e Estado em sua radicalidade, pois, com a formação do Estado, faz-se necessário a instituição do Direito: é só através do Direito que o Estado ganha legitimação, passando do domínio meramente de fato para o domínio de direito, um Estado de Direito. Em outras palavras, para Kelsen, Estado e Direito são, na prática, uma só coisa. Logo, dizer Estado de Direito é um pleonasma.<sup>241</sup> Neste contexto, os atos de Estado - como a criação de leis, expedição de atos administrativos e prolação de decisões judiciais – são legitimados pela legalidade, à medida que os agentes estatais praticam tais atos mediante autorização legal, ou seja, “dizer que o Estado cria o direito, significa apenas dizer que estes indivíduos, autorizados juridicamente, criam o direito”<sup>242</sup>. Trata-se de um entendimento do direito auto-poiético e calcado na legalidade, de onde provem a legitimidade e racionalidade do direito criado, eis

---

<sup>241</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Comentários: DUTRA, Delamar José Volpato. **A legalidade como forma do Estado de Direito**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

<sup>242</sup> DUTRA, Delamar José Volpato. **A legalidade como forma do Estado de Direito**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

que “racional é uma decisão tomada pelas instâncias competentes, previstas na lei e de acordo com procedimentos comandados”<sup>243</sup>, denotando tal entendimento evidente atenção, em primeiro plano, com a segurança jurídica.

Habermas crítica este posicionamento positivista. Ele parte da reconstrução do sistema de direitos afirmando que o direito ganha legitimidade com a participação de todos os concernidos em seu procedimento discursivo de criação, através da co-dependência entre autonomia privada e pública, o que é garantido pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo. Enfim, é legítimo aquele direito que obedece a procedimento que assegure a participação dos destinatários da norma. Tal participação não está assegurada apenas pela fé na legalidade, posto que, segundo Habermas, esta legalidade não garante, por si só, que a norma foi criada segundo um procedimento democrático que viabilize o enfrentamento de pontos de vista e o possível consenso. Além disso, os atos do poder administrativo, ou seja, dos agentes estatais, devem manter uma retroligação ao poder comunicativo. Em outras palavras, os três poderes devem atuar dentro dos limites do poder legitimamente criado, respeitar o fundamento do poder administrativo que exercem (o poder comunicativo), de modo que o poder administrativo deve ser orientado pela soberania popular/sociedade civil organizada, presente no poder comunicativo. Logo, diante das considerações acima, observa-se que a base das críticas de Habermas ao positivismo jurídico é a ausência de legitimidade do direito ante a característica auto-poiética e apartada da soberania popular.

Utilizando as idéias de Dworkin como fio condutor de seus argumentos, Habermas estende as críticas à fraqueza do positivismo em conferir legitimidade ao direito, mas, desta vez, sob um enfoque da Teoria Geral do Direito. De acordo com Habermas, o positivismo jurídico é insuficiente para fornecer uma decisão racional em “casos difíceis”, ou seja, situações concretas em que a aplicação apenas das *regras* legais se mostra insuficiente

---

<sup>243</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. ano 34, n. 107, p. 157-170, 2007. p. 161.

para a solução do conflito.<sup>244</sup> Isto, pois diante de um “caso difícil” o legalismo não fornece uma solução válida à solução do conflito, seja porque inexistente *regra* específica para o caso concreto, seja porque a solução é inadmissível socialmente.<sup>245</sup> A decisão nestes casos, segundo Habermas, fazendo uma análise a partir do método positivista e suas fraquezas, é uma decisão arbitrária, já que, mesmo sem *regra* específica ao caso, o juiz não pode deixar de solucionar a lide (princípio do *non liquet*), o que, evidentemente, o levará a decidir independentemente de uma regra jurídica que dê legitimidade ao julgado.<sup>246</sup> Habermas supera o problema da racionalidade das decisões judiciais através de um procedimento cooperativo de formação da decisão judicial. Neste procedimento, assegura-se a participação nos debates (campo da argumentação jurídica) de todos os envolvidos, que se reconhecem como livres e iguais. Na solução da lide deve prevalecer o melhor argumento fundado num sistema coerente de direitos, já estabelecido democraticamente, a ser conquistado no enfrentamento de razões entre as partes e com a participação do juiz (imparcial), que representa todos os consorciados jurídicos não participantes do processo.<sup>247</sup>

Por sua vez, o formalismo-valorativo faz uma crítica interna, sob o ponto de vista do processo civil, ao positivismo jurídico. As premissas do positivismo jurídico de perfeição da lei, subsunção do fato a norma e função do juiz de

---

<sup>244</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V.

<sup>245</sup> Um caso que mostra a insuficiência do legalismo em uma situação que a aplicação apenas de *regras* legais conduziria a uma decisão inadmissível socialmente é trazido por Dworkin ao analisar o caso Elmer. Neste caso, Elmer assassinou o avô por medo de que o avô alterasse seu testamento - em que Elmer ficava com a maior parte dos bens do avô - para incluir sua nova esposa. Elmer foi condenado à prisão em processo criminal. A questão de relevância para Dworkin aparece no que diz respeito à sucessão dos bens do avô de Elmer: obedecer-se-ia a vontade última fixada no testamento e asseguradas pelas *regras* legais; ou afastar-se-ia esta situação evidentemente inadmissível socialmente. Sem ignorar o direito posto, mas ampliando a compreensão de direito pra além da idéia de norma-regra, incluindo a noção de norma-princípio, Dworkin demonstra a racionalidade da decisão do tribunal americano que excluiu Elmer da sucessão do avô através da aplicação dos princípios gerais do direito (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

<sup>246</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V; LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. ano 34, n. 107, p. 157-170, 2007.

<sup>247</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V; LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. ano 34, n. 107, p. 157-170, 2007.



declaração do direito são criticadas pelo formalismo-valorativo, eis que insustentáveis numa nova realidade jurídica, onde o operador do direito tem que lidar com princípios jurídicos de conteúdo, muitas vezes, abstrato, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas, todos carentes de concretização, e com o imperativo de que a lei seja interpretada e compatibilizada com a constituição e os direitos fundamentais. Desta maneira, a ação do juiz no Estado Democrático Constitucional de corrigir, num quadro de cooperação no processo, o sentido da lei em conformidade com a constituição demanda uma atividade intelectual de densificação da norma geral e abstrata ao caso concreto, que implica na criação de direito, conforme a teoria circular dos planos,<sup>248</sup> o que, por certo, não coincide com as idéias positivistas de perfeição da lei, subsunção e declaração do direito pelo juiz, presentes no Estado Democrático de Direito. Assim, as críticas formuladas pelo formalismo-valorativo ao positivismo jurídico se fundam no argumento de que o positivismo jurídico é insuficiente para servir de amparo como teoria do direito para a realidade jurídica atual, calcada no neoconstitucionalismo e no pós-positivismo.

Mais uma vez a visão cooperativa entre a filosofia do direito habermasiana e a metodologia do formalismo-valorativo permite extrair conclusões mais abrangentes do estudo jurídico, já que parte de análises distintas, as quais culminam na mesma conclusão, qual seja: o afastamento do positivismo jurídico e a superação deste modelo. O fundamento racional trazido pela filosofia do direito de Habermas impõe que a legalidade não pode servir sozinha como critério para garantir legitimidade a uma norma jurídica, afastando-se uma idéia de poder, entregue nas mãos de agentes estatais, como auto-poiético; bem como a insuficiência do positivismo jurídico em conferir legitimidade às decisões judiciais em “casos difíceis”. Estas críticas, sob um ponto de vista interno do processo civil, demonstram que enquanto metodologia jurídica, o positivismo jurídico é insuficiente para o horizonte atual do direito, que demanda uma ação menos mecânica dos seus operadores, à medida que é fundamental uma atividade intelectual mais elaborada, que leva

---

<sup>248</sup> Cf. ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Ainda com relação à teoria circular dos planos, ver nota 128 desta dissertação.

em conta a constituição e a interpretação sistemática e densificadora do direito, numa “comunidade de trabalhos”. Assim, através de uma leitura cooperativa entre formalismo-valorativo e filosofia do direito de Habermas, o positivismo jurídico, e com ele as metodologias processuais nele baseados não podem prevalecer, posto que carentes de um fundamento racional, destacado por Habermas, e de uma operacionalização adequada à realidade jurídica atual, como destacado pelo formalismo-valorativo. Com estas considerações, tem-se a formação de um direito democrático-participativo, de natureza “[...] pós-positivista, na medida em que a legitimidade do direito se desloca da legalidade para, prioritariamente, uma análise da correção procedimental da norma e das decisões judiciais”<sup>249</sup>, mais adequado ao Estado Democrático Constitucional. Esta superação, cooperativamente apresentada pela filosofia do direito de Habermas e pela metodologia jurídica do formalismo-valorativo, encontra suas bases na democracia das instituições sociais, que é fundamentada no campo da filosofia do direito, nos termos de Habermas, através da co-dependência entre autonomia pública e privada e garantida pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo; sendo tal premissa filosófica concretizada na Teoria Geral do Direito e do Processo e na dogmática processual através de contribuições de Habermas e do formalismo-valorativo com a idéia de um processo cooperativo, envolvendo a argumentação jurídica e a fundamentação das decisões judiciais.

#### **4.2.3. PREOCUPAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA**

Por fim, cumpre fazer uma análise da preocupação com a segurança jurídica nas duas vertentes estudadas. Habermas defende a segurança jurídica através da idéia já mencionada de que os discursos de aplicação não podem violar o direito legítimo, ou seja, a segurança jurídica conquistada com o direito posto

---

<sup>249</sup> GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana In: MAIA, Antonio. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63-89. p. 63.

tem que ser complementada com a aplicação do direito que “[...] [promete] 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”<sup>250</sup>. Com isso, a satisfação simultânea da segurança jurídica e da aceitabilidade racional das decisões, isto é, da linearidade/uniformidade da jurisdição e sua consistência racional, controlam a tensão entre facticidade e validade.

Esta preocupação com a segurança jurídica fica mais clara nas críticas formuladas por Habermas ao pensamento de Robert Alexy.<sup>251</sup> Neste ponto, Habermas expõe que o pensamento de Alexy comete um erro ao admitir a colaboração de valores no sistema de direitos. Segundo Habermas, valores e princípios são pertencentes a dois mundos diversos, diferenciando-se por quatro razões, a saber:

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.<sup>252</sup>

Assim, por demonstrarem uma obrigatoriedade geral ou uma especial dignidade de preferência de um grupo, normas e valores pertencem a mundos diversos e não podem ser tratados igualmente. Esta reflexão, no pensamento de Habermas, embora poroso - ao inserir temáticas morais, éticas e pragmáticas no direito, desde que institucionalizadas -, culmina na não admissão de uma abertura excessiva, com a finalidade de se preservar a segurança jurídica, posto que se deve prezar pela coerência de um sistema afinado, bem como de evitar a subjetividade na aplicação de valores e a confusão técnica na mistura de duas figuras de natureza diversa. A observância da segurança jurídica afasta situações indesejáveis, como a de

---

<sup>250</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 245-246.

<sup>251</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Nesta última obra destacam-se os capítulos V e VI.

<sup>252</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 317.

um juiz afirmar a existência de um valor em detrimento de um direito que fora legitimamente consagrado por meio dos procedimentos discursivos legitimadores. Logo, Habermas se preocupa em sua filosofia do direito com a preservação da vontade democraticamente concretizada no direito, sendo este o fundamento da segurança jurídica.

A preocupação com a segurança jurídica também está presente no formalismo-valorativo ao pensar o processo civil. O formalismo, enquanto forma em sentido amplo (certas fases, etapas, que dão limite, previsibilidade ao processo, além de assegurar direitos e deveres dos envolvidos no processo, como observado no segundo capítulo), está presente em todas as metodologias jurídico-processuais na história do processo civil: não há que se falar em processo sem a noção de organização de um procedimento. O que se deve atentar é como este formalismo é trabalhado pelas diferentes metodologias. No caso do formalismo-valorativo a forma não pode ser supervalorizada, ou seja, ser mantida a forma pela forma, mas esta deve servir, além de ordenação do processo, como a garantia de valores *jurídicos*.

Neste ponto deve-se fazer uma análise acerca da expressão “valores jurídicos”. Como destacado acima, o formalismo-valorativo ocupa-se com a proteção de valores jurídicos. Esta afirmação pode configurar um ponto de discordância entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, já que, como já citado, Habermas critica Alexy por admitir a relação entre normas jurídicas e valores, figuras de natureza distinta e que, portanto, não devem se confundir. Para que a discordância entre Habermas e o formalismo-valorativo se confirme, deve-se problematizar o alcance da expressão “valores jurídicos”. Por valores jurídicos podem-se ter dois entendimentos: 1) valores jurídicos independem das normas jurídicas, ou seja, pode haver coincidência entre valores jurídicos e normas jurídicas, como também pode inexistir, posto que se tratam de figuras distintas; 2) valores jurídicos dependem de sua consagração no mundo do direito, isto é, os valores tratados restringem-se àqueles inseridos, admitidos, assimilados no sistema de direitos, subjacentes a regras e princípios. Acaso se tome o entendimento de “valores jurídicos” contido em 1) há efetivamente uma tensão entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo,

porquanto a inserção de valores jurídicos, nesta semântica, viola a segurança jurídica, como já advertido por Habermas em citação acima. Porém, se tomada a noção contida em 2) não há desencontro da filosofia de Habermas com o formalismo-valorativo, pois este entendimento de que “valores jurídicos” são todos aqueles valores presentes no sistema de direitos, ou seja, consagrados pelo direito (ganhando destaque os constitucionais e os direitos fundamentais) restringe o alcance da expressão a limites admitidos por Habermas, a saber, dentro do campo do direito. Este último sentido deve ser o objeto de análise, mormente, além de harmonizar a filosofia do direito de Habermas com a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, se mostra melhor alinhado com a proposta deste. Isto, pois o formalismo-valorativo coloca como imperativo no processo civil a observância dos valores existentes no mundo jurídico, a fim de que a execução cega da forma processual não leve à supressão de valores consagrados juridicamente, especialmente em sede constitucional sem, portanto se resumir à figura da legalidade, inerente ao positivismo jurídico, nem à busca desenfreada por justiça, presente no jusnaturalismo. A distinção em relação à legalidade se mostra na aplicação das formas processuais não apenas em atenção ao texto de lei, à medida que observa o direito segundo uma perspectiva neoconstitucional. Já a distinção em relação à busca desenfreada por justiça se mostra na base para correção do procedimento sempre ser o direito legitimado, levando em conta todos os aspectos do direito contemporâneo do Estado Democrático Constitucional. Assim, o formalismo-valorativo tenta conjugar as conquistas do positivismo e do jusnaturalismo, *segurança jurídica* e justiça, por meio da idéia de que a forma no processo deve sempre garantir um valor juridicamente relevante.

Outro ponto que merece exame numa análise que enfoca a preocupação com a segurança jurídica, presente na filosofia do direito de Habermas e na metodologia jurídica do formalismo-valorativo, é a natureza constitutiva dos pronunciamentos judiciais, defendida pelo formalismo-valorativo. Levando em consideração a idéia habermasiana de retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo, pode-se estar diante de um ponto de tensão entre as duas teorias em estudo, visto que abertura que permita criação de direito no âmbito do Poder Judiciário representaria, num primeiro momento, um ato unilateral e

arbitrário, dissociado do poder comunicativo, e que viola, para Habermas, a segurança jurídica. Para que se confirme a discordância entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo deve-se problematizar o alcance da expressão “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário”, discutida no formalismo-valorativo. Mais uma vez, dois são os sentidos possíveis: 1) “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário” representa liberdade do julgador em decidir da forma que melhor lhe for conveniente, independentemente do sistema de direitos, sendo esta uma compreensão próxima às formas mais radicais do realismo jurídico;<sup>253</sup> ou ainda neste mesmo sentido, decidir ignorando o sistema de direitos na busca por justiça, entendimento próximo ao jusnaturalismo;<sup>254</sup> 2) “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário” representa uma inovação no sistema de direitos porque, no processo, os participantes e membros do Poder Judiciário devem tomar como base o direito posto, mas adaptá-lo ao caso concreto, levando em conta, no paradigma atual do processo civil brasileiro, a concretização da constituição, princípios jurídicos, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, os quais tornam complexa a atividade de aplicação do direito. Assim, a inovação em 2) não é da ordem de 1), mas uma *reconstrução* do direito, ao demandar uma atividade intelectual significativa, a partir do caso concreto, utilizando como fundamento o sistema de direitos. Diante dos dois sentidos de “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário”, tomando 1) como referência, ter-se-á ponto de tensão entre as duas teorias estudadas, porquanto o formalismo-valorativo estaria em sentido contrário à filosofia habermasiana ao dar liberdade ao Poder Judiciário para decidir independentemente do sistema de direitos, seja num viés do realismo jurídico, seja num viés do jusnaturalismo: ambos ignorando o referencial social-democrático fixado na forma do sistema de direitos, o que, por certo, para Habermas, representaria um ato arbitrário e contrário à segurança jurídica. Todavia, tomando como referência 2), é possível harmonizar a filosofia do direito de Habermas com a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, pois a inovação contida em 2) significa que o Poder Judiciário, *obedecendo a integridade do sistema de direitos*, inova ao interpretar o direito com fulcro a

---

<sup>253</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 62-68.

<sup>254</sup> Cf. Ibid., p. 55-58.

solucionar os problemas concretos, dada a insuficiência de um ato mecânico de subsunção do fato à norma, característico do positivismo e já criticado neste capítulo, levando à necessidade de estabelecer, *a partir do sistema de direitos*, uma aproximação da norma geral e abstrata que considera todos os elementos do sistema, como a Constituição e os direitos fundamentais, ambos com sua devida superioridade hierárquica e possibilidade de controle de constitucionalidade; os princípios jurídicos e sua imposição normativa, embora com alto grau de vagueza; e as normas de conteúdo aberto em virtude de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. E este segundo entendimento de “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário” é o mais adequado, segundo o formalismo-valorativo, à medida que se alinha com a teoria circular dos planos, a qual, como já exposto no segundo capítulo, afirma que “[...] *o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado*”<sup>255</sup>. E segue tal teoria afirmando que “diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação [...] do Poder Judiciário”<sup>256</sup>. Assim, como a necessidade de interpretar a norma jurídica não é negada por Habermas<sup>257</sup> e como o sentido atribuído pelo formalismo-valorativo à criação do direito no âmbito do Poder Judiciário está ligado à necessidade de interpretação da norma para aplicá-la, num horizonte de processo cooperativo, ao caso concreto, segundo este entendimento não há contradição entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo. Também, não há violação à segurança jurídica por parte do formalismo-valorativo, porquanto a “criação” respeita a integridade do sistema de direitos, mantendo-se, portanto, dentro de um ideal de segurança jurídica, já que a correção do procedimento processual se funda no respeito aos valores jurídicos consagrados no mundo jurídico, como destacado no tópico anterior.

---

<sup>255</sup> ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.204-205.

<sup>256</sup> Ibid., p. 205.

<sup>257</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Capítulo V.

Portanto, fixou-se que há uma preocupação de Habermas na manutenção do direito legítimo através da segurança jurídica, a qual é garantida pelo respeito exigido dos discursos de aplicação em relação aos discursos de fundamentação; e uma preocupação do formalismo-valorativo em desenvolver uma metodologia jurídico-processual que consiga a preservação dos valores jurídicos, promovendo uma correção das formas processuais que porventura violem tais garantias, sem representar um abandono à segurança jurídica, porquanto toma como ponto de partida para a referida correção o sistema de direitos, em especial o direito constitucional e os direitos fundamentais. Numa análise cooperativa da filosofia do direito de Habermas e o formalismo-valorativo vê-se a construção de um direito em conformidade com as demandas da sociedade atual, pois democrático, participativo e que garante os direitos a quem os possui, tudo isto sem, no entanto, representar a perda da segurança jurídica, conquista histórica do direito moderno.

Diante da exposição dos três subtópicos acima, ficou demonstrada a relação de co-pertinência entre a filosofia do direito de Habermas e o formalismo-valorativo, que, segundo a cadeia “filosofia do direito-teoria geral do direito e do processo-dogmática do direito”, de forma cooperativa, contribuem para a formação de um conhecimento totalizante acerca do direito, levando em conta os fundamentos racionais mais universais e sua função operativa, num diálogo entre filosofia do direito, de um lado, e teoria geral do direito e do processo e dogmática processual do outro, a democracia deliberativa habermasiana e o formalismo-valorativo, numa relação de fundamentação e concretização.



## 5. CONCLUSÕES

1. Este estudo teve por objetivo demonstrar, seguindo uma relação cooperativa entre os saberes, que o processo civil brasileiro atual encontra um de seus principais fundamentos racionais na filosofia comunicativa democrática habermasiana e seu aspecto operativo é concretizado e melhor explicado pelo formalismo-valorativo.

2. Com a finalidade de pensar a relação entre técnica jurídica e filosofia do direito empreendeu-se uma incursão em pressupostos filosóficos, tais como a noção de filosofia, filosofia do direito e a relação da filosofia do direito com a ciência jurídica. Neste ponto a pesquisa destacou que uma compreensão de filosofia nos dias de hoje deve levar em conta o giro lingüístico ocorrido na filosofia, o qual traz o sujeito isolado da modernidade para o contato com uma coletividade, gerando, com isso, um caráter intersubjetivo e cooperativo. Diante disto, a compreensão de filosofia deve ser posta, segundo Habermas, como guardadora de lugar e intérprete. Por guardadora de lugar deve-se entender que a filosofia não atua mais como um tribunal da razão sobre os demais saberes, como pensou Kant, mas, em contato com ciência, moral e arte, numa tarefa conjunta, busca conquistar um conhecimento racionalmente produzido que permite que teorias fecundas emirjam e reestruturem a compreensão da realidade. Já por intérprete deve-se entender que a filosofia na atualidade deve ter o papel de mediadora entre ciência, moral e arte, a fim de evitar uma especialização solipsista destes saberes, viabilizando, desta forma, uma unidade racional totalizante.

Em seqüência foi observado que no campo jurídico há a incidência da filosofia, recebendo o nome de filosofia do direito. Neste ponto, concluiu-se pela dispensabilidade do termo “filosofia do processo”, pois, mesmo que represente a incidência da filosofia sobre o processo, tal incidência não implica nenhuma sensível modificação no que denominamos filosofia do direito. Analisando as características de um estudo de filosofia do direito, tomando como referência as idéias de Theodor Viehweg, expôs-se que esta tem natureza zetética, ou seja, problematizadora e transsistemática, porquanto não se atém ao direito posto.

Ainda com relação aos pressupostos teóricos desta dissertação, chegou-se à conclusão de que sobre o processo civil incidem, além da filosofia do direito, a dogmática processual e a teoria geral do direito e do processo. Como já enuncia o nome, a dogmática processual, segundo os termos de Viehweg, é um estudo dogmático e que por isso não questiona os pontos de partida, trabalhando intra-sistematicamente, e privilegia o aspecto operativo do direito, ou seja, a solução de problemas concretos. Já a teoria geral do direito e do processo são estudos que possuem características zetéticas e dogmáticas, porque lidam, intra-sistematicamente, com a generalização do conhecimento, mas há especulação transsistemática.

Fechando o quadro dos fundamentos preliminares, fixou-se o entendimento de que filosofia do direito, teoria geral do direito e do processo e dogmática processual formam uma cadeia de fundamentação, o que reforça a necessidade e importância de um estudo cooperativo entre os diferentes saberes, já que tem como resultado uma análise mais ampla e crítica ao levar em conta o fundamento racional do direito aliado à técnica processual.

3. Estabelecida a premissa inicial da importância de um estudo que unisse filosofia do direito e processo civil, passou-se, no segundo capítulo, a analisar as fases metodológicas do processo civil brasileiro. Considerando o processo como um fenômeno cultural, utilizando dos tipos ideais weberianos para análise, expôs-se quatro fases metodológicas - formalismo pré-cientificista, formalismo cientificista, instrumentalidade das formas e formalismo-valorativo – quando se conclui que a fase denominada formalismo-valorativo é a que melhor explica a dinâmica processual atual. Segundo o formalismo-valorativo, o processo deve ser organizado, sob o ponto de vista interno, como um formalismo temperado, posto que as formas processuais não devem ser exigidas apenas em virtude do apelo formalista, nem se deve cair num informalismo. Desta maneira, as formas processuais devem estar afinadas com os valores juridicamente fixados no ordenamento jurídico, sobretudo os constitucionais, podendo haver a correção do procedimento para afastar uma forma que porventura viole algum valor juridicamente consagrado. Trata-se de um equilíbrio que, com a preservação das garantias e direitos fundamentais, permite fazer com que o processo cumpra a determinação presente no

preâmbulo da Constituição de se fazer justiça material. Ainda segundo o formalismo-valorativo, seguindo o direito fundamental de participação, o processo deve ser democrático. E isto é conquistado a partir da visão cooperativa, a qual privilegia o contraditório entre os sujeitos do processo mediante o imperativo do direito de influência e dever de debates, isto é, os rumos do processo, bem como o molde da decisão devem, necessariamente, ser resultado dos debates realizados no âmbito processual. Esta “comunidade de trabalho” caracteriza-se, portanto, pela simetria entre os sujeitos do processo, que é rompida apenas no momento decisional em que o juiz se sobressai. Evidentemente que esta visão cooperativa do processo implica em outros desdobramentos, como: 1) a necessidade de um ativismo judicial voltado para a garantia da igualdade de armas entre os sujeitos do processo, mantendo-se, assim, um contraditório real – e não apenas aparente; 2) fundamentação das decisões e argumentos próximos à tópica argumentativa, afastando-se a aplicação do método de silogismo jurídico, a fim de demonstrar suficientemente a adequação da lei à Constituição e densificação de princípios em geral, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados – resultando na natureza criativa da decisão judicial, conforme a teoria circular dos planos.

4. Feitas as considerações acerca da metodologia jurídica do processo civil brasileiro atual, passou-se, no terceiro capítulo, a examinar a filosofia do direito que figura como o fundamento racional do direito nacional hoje, qual seja: a filosofia comunicativa democrática, representada pelo pensamento de Jürgen Habermas. Para Habermas, a complexidade social do mundo contemporâneo, em meio à dessacralização do direito, impõe uma reconstrução do sistema de direitos a partir da idéia de razão dialógica/comunicativa, aberta com o giro lingüístico na filosofia. Esta reconstrução tem como premissa o convívio intersubjetivo num mundo comum e mediado pela linguagem, que permite a construção do princípio do discurso, segundo o qual, todas as normas de ação, mediante discursos racionais, devem ter o assentimento dos concernidos. O princípio do discurso encontra sua especialização no campo do direito através do princípio democrático, cujo teor impõe às normas jurídicas válidas a participação e assentimento de todos os parceiros do direito, porquanto, de acordo com o autor em exame, só tem

validade e legitimidade as normas que foram construídas seguindo procedimentos democráticos. Por sua vez, é democrático o procedimento que mantém a co-dependência entre autonomia pública e privada, isto é, deve-se garantir aos indivíduos direitos mínimos para a participação nas deliberações, a fim de que os anseios presentes no corpo social cheguem à esfera pública e, por meio desta, possam converter-se em direitos exigíveis. Tal co-dependência é garantida pela retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo, através da qual o direito legitimado democraticamente não pode ser objeto de distorção pelos entes estatais autorizados na implementação de políticas públicas (Poder Executivo) e no julgamento dos conflitos (Poder Judiciário).

5. Após a exposição da filosofia habermasiana, seguindo a cadeia “filosofia do direito – teoria geral do direito e do processo – dogmática processual”, demonstrou-se que o formalismo-valorativo densifica, no campo processual, as idéias democrática contidas no pensamento filosófico de Habermas. Assim, dentro da perspectiva cooperativa entre os saberes, desenvolveu-se a compreensão de que tanto a filosofia do direito de Habermas, como o formalismo-valorativo tratavam sobre o mesmo, um Estado amplamente democrático, porém sob enfoques diferenciados. Diante disto, tratou-se de três contribuições de um estudo que reunisse os dois enfoques acima apontados, quais sejam: o papel da participação no direito, a crítica ao positivismo jurídico e a preocupação com a segurança jurídica, todos os pontos, de uma forma ou de outra, presentes nas idéias de Habermas e no formalismo-valorativo.

No que diz respeito ao papel da participação no direito, observou-se que as idéias de Habermas estão voltadas para a formação da norma legislativa, bem como para sua manutenção através do dever de conformação dos discursos de aplicação aos discursos de fundamentação. Por seu turno, o formalismo-valorativo trata da idéia de processo democrático, devendo este ser calcado num contraditório forte, baseado na “comunidade de trabalhos”, onde os sujeitos envolvidos no processo têm o dever de debates e direito de influência, como já destacado. Assim, Habermas e o formalismo-valorativo tratam sob enfoques diversos – um externo e outro interno – do mesmo projeto de participação social na construção das normas de conduta – seja do direito legislado, seja das decisões judiciais. Face ao exposto, traçou-se a relevância

destas reflexões na interpretação constitucional, com uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, destacada por Peter Häberle, e a ampliação do instituto do *amicus curiae*, que funciona como um canal de participação social nos processos.

Com relação ao segundo aspecto tratado – crítica ao positivismo jurídico -, mais uma vez Habermas e o formalismo-valorativo chegam a conclusões idênticas, porém por caminhos distintos. Habermas crítica o positivismo por compreender que simplesmente a legalidade é insuficiente para legitimar o direito, pois, conforme o princípio democrático, as normas jurídicas só têm legitimidade quando os concernidos têm aberta a possibilidade de participar do processo deliberativo, segundo a idéia já apresentada de co-dependência da autonomia privada e pública. Por sua vez, o formalismo-valorativo pensa a superação do positivismo a partir de um viés interno do processo. Segundo o formalismo-valorativo, o positivismo deve ser afastado porque é incapaz de operar com o direito existente hoje, dada a presença do imperativo de se conformar as normas infra-constitucionais com as normas constitucionais, bem como com a necessidade de se concretizar princípios em geral, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Com esta nova realidade a aplicação silogística do direito, através da subsunção do fato à norma, e a compreensão legalista estreita são insuficientes sob o ponto de vista pragmático. Deste modo, seja sob o aspecto filosófico, seja sob o operativo, deve-se superar o positivismo mediante a construção de um direito legitimado democraticamente (legislativamente e no campo processual).

O terceiro e último aspecto trabalhado foi a preocupação com a segurança jurídica. A este respeito Habermas afirma, como já destacado, que o direito legitimamente criado não pode ser objeto de distorção na aplicação do direito – tanto na implementação de políticas públicas, como na solução de conflitos. Desta maneira, com o dever de preservação do direito legitimamente posto, evitam-se situações indesejáveis, como a burla e o benefício pessoal por meio de expedientes que violam o direito. Já o formalismo-valorativo prestigia a segurança jurídica limitando a correção das formas processuais àquelas formas que violam garantias juridicamente estabelecidas por meio de valores consagrados no próprio sistema jurídico, sobretudo aqueles de natureza

constitucional e os direitos fundamentais, sem, portanto, cair numa abertura ilimitada, como no jusnaturalismo e no realismo jurídico, nem numa rigidez excessiva, como no positivismo. Neste contexto surgem dois pontos de possível tensão entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, quais sejam: a aproximação entre norma jurídica e valor jurídico; e a idéia presente no formalismo-valorativo de que as decisões judiciais têm natureza constitutiva. No que diz respeito à aproximação entre norma jurídica e valor jurídico, Habermas crítica a confusão entre estas duas figuras por serem de natureza distinta, o que implica numa tensão entre as duas teorias estudadas. Já no que diz respeito à idéia presente no formalismo-valorativo de que as decisões judiciais têm natureza constitutiva há uma tensão entre as duas teorias, porquanto Habermas limita os discursos de aplicação do direito aos discursos de fundamentação, o que torna a criação de direito no âmbito do Poder Judiciário um ato arbitrário. Estes pontos de tensão, todavia, não prejudicam a relação cooperativa de fundamentação/cooperação entre as duas teorias que se ocupam da democracia no Estado, mostrando apenas certas particularidades dissonantes. Independentemente desta ausência de prejuízo, foram vislumbradas duas outras possíveis compreensões da relação entre norma jurídica e valor jurídico e da natureza constitutiva das decisões judiciais que tornam mais harmônica a proximidade teórica entre a filosofia do direito de Habermas e a metodologia jurídica do formalismo-valorativo, a saber: 1) se deve entender restritivamente a expressão “valores jurídicos”, limitando-a àqueles valores consagrados dentro do sistema de direitos, ou seja, subjacente a regras e princípios jurídicos, o que afastaria a incompatibilidade entre valor e norma jurídica, apontado por Habermas, além de se mostrar uma compreensão mais alinhada à metodologia jurídica do formalismo-valorativo, à medida que representa uma abertura à legalidade, sem, contudo, cair numa abertura exacerbada – posto que limitada ao sistema de direitos; 2) se deve entender a expressão “criação de direito no âmbito do Poder Judiciário” como a *reconstrução* do sistema de direitos - *sem violar este sistema*, mantendo, com isso, sua *integridade* -, que exige uma atividade intelectual elevada em relação à postura mecânica do positivismo jurídico, à medida que leva em conta a Constituição, os direitos fundamentais, os princípios jurídicos, as cláusulas abertas e os conceitos

jurídicos indeterminados na aplicação do direito, sendo este entendimento afinado com a teoria circular dos planos. Feitas estas considerações, há, portanto, no formalismo-valorativo, assim como na filosofia do direito de Habermas, uma preocupação com a segurança jurídica.

6. Desta forma, se concluiu que a filosofia de Habermas e o formalismo-valorativo guardam uma co-pertinência dada a relação de fundamentação e concretização existente entre estes saberes. É importante destacar que se tem consciência de que outros possíveis desdobramentos poderiam ser dados no que diz respeito à referida relação de fundamentação e concretização, embora os aspectos mais centrais e mais relevantes tenham sido abordados.

7. Por fim, em meios às conclusões da presente pesquisa, cumpre fazer uma breve consideração acerca do projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº166 de 2010)<sup>258</sup>. Em tal projeto, pode-se identificar uma tendência atual de simplificação do processo civil, alcançada por modificação legislativa que preza por uma postura dos sujeitos do processo que deve ter por meta o respeito aos valores consagrados no ordenamento jurídico, sobretudo os de origem constitucional, e a busca pela justiça no caso concreto.<sup>259</sup> Esta meta é alcançada através da atuação cooperativa entre os sujeitos do processo, como se observa no texto dos artigos 5º, 7º e 8º, 9º e 10º<sup>260</sup>, demonstrando uma preocupação com a qualidade e a legitimação das decisões judiciais através da participação

---

<sup>258</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº166, de 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

<sup>259</sup> Cf. BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº166, de 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

<sup>260</sup> Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

efetiva dos envolvidos, inclusive com a normatização do *amicus curiae* para intervir em qualquer grau de jurisdição quando, em virtude das peculiaridades do caso, se mostrar adequado e vantajoso<sup>261</sup>. Diante desta consideração, verifica-se que o projeto de novo Código de Processo Civil abarca uma orientação democrática no processo civil, a qual, nesta dissertação, foi tratada a partir da filosofia habermasiana e da metodologia jurídica do formalismo-valorativo.

---

<sup>261</sup> Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.



## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. Cidade do México: Fontamara, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 de jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: <[www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br)>. Acesso em: 21 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 de jul. de 2009.

\_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: EDIPRO, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a idéia de Reconstrução em Habermas. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 185-200, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº166, de 2010. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador. n. 14 , p. 39-47, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Projeto do Código de Processo Civil de 1973**: exposição de motivos. Brasília, 1972. n. 5.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus curiae e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 29, n. 117 , p. 9-41, 2004.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. apud SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Da função da sociedade civil em Hegel y Habermas**. Disponível em: <www.scielo.org.ve>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

\_\_\_\_\_. **A legalidade como forma do Estado de Direito**. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). **Revista di diritto processuale**, ano 49, n. 4, p. 911-925, 1994; Id. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae). In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 799-823.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. O procedimento discursivo-argumentativo no interior do espaço público: aproximações do modelo alexiano à democracia deliberativa habermasiana In: MAIA, Antonio. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63-89.

GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151-186.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sobre o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

\_\_\_\_\_. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

\_\_\_\_\_. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o Humanismo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HESPAÑA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milénio. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.

\_\_\_\_\_. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.18.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LADRIÈRE, Jean. **Filosofia e práxis científica**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1978.

LUCHI, José Pedro. Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas. In **Revista de informação legislativa**. Brasília. ano 45, n. 180, p. 147-160, 2008.

\_\_\_\_\_. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado In: LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: Edufes, 2005.

\_\_\_\_\_. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**. ano 43, n.172, outubro-dezembro/2006, p.73-83. Brasília: Senado Federal, 2006.

\_\_\_\_\_. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. ano 34, n. 107 , p. 157-170, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 5. Ed. México: FCE, 2000.

MESQUITA, Gil Ferreira. **Fundamentos constitucionais do processo**: delineamentos para uma teoria geral. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 02 de jul. 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. Tese doutorado, UFRGS.

PAIVA, Luís Henrique. A objetividade do conhecimento em Max Weber. **Temáticas**, Campinas, ano 3, n. 5/6. p. 9-36, 1995.

PECZENIK, Aleksander. Can philosophy help legal doctrine? **Ratio Juris**. v. 17, n. 1, p. 106-117, 2004.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**. São Paulo. ano 28, n. 109, p. 39-44, 2003.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/dcentauros/v/vierwegn.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <[www.anpocs.org.br](http://www.anpocs.org.br)>. Acesso em: 21 jul. de 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHUMACHER, Aluisio A. **Sobre moral, direito e democracia**. Disponível em: <[www.scielo.br](http://www.scielo.br)>. Acesso em: 09 dez. de 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, André Rufino. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <[bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito Capitalista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **Metodologia das Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez e Editora UNICAMP, 1992.

WOLKMER. **Fundamentos da história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **As garantias constitucionais da ação**. Disponível em: <[www.cesarkallas.net](http://www.cesarkallas.net)>. Acesso em: 21 jul. de 2009.

## ANEXO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL

N.º 100070023542

RQTE.: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RQDO.: CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JR.

### DECISÃO

1. A pretensão deduzida na demanda de inconstitucionalidade O Ministério Público Estadual, através da eminente Procuradora Geral de Justiça, propôs a presente demanda em face da Câmara Municipal de Vitória, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade de da Lei Municipal nº 6.225, de 24 de novembro de 2004. Aduz que o referido texto normativo institui o programa de reserva de vagas para afro-descendentes, em concursos públicos para provimentos de cargos na cidade de Vitória. Informa que a justificativa do processo legislativo – nas palavras do Vereador Eliezer Albuquerque Tavares – consiste na intenção de “corrigir erros e injustiças presentes e passados em nossa história”, decorrentes “do regime escravagista”, passíveis de reparação por “ação afirmativa para integrar parcelas até hoje desfavorecidas”.

Argumenta que a Lei Municipal nº 6.225/2004 padece de vício de inconstitucionalidade de formal (por usurpar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo) e material (por contrariar o princípio da igualdade). Pede seja declarada a sua inconstitucionalidade total, cessando-se ex tunc todos os efeitos já produzidos.

Este é o breve resumo da controvérsia.

### **2. Da relevância social e jurídica da controvérsia**

A controvérsia está criada. E é preciso solucioná-la. Não há como desdenhar do problema, pretendendo que ele não exista. É melhor do que construir a solução através de uma reflexão consigo mesmo, na solidão de seu próprio

pensamento, o Tribunal deve buscar uma interpretação pluralista decorrente das diversas possibilidades que a democracia oferece em uma sociedade complexa.

Reproduzindo as palavras de HÄBERLE, “Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade [...]” (cf. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36).

Nesse contexto, os Tribunais – e a Sociedade Civil, de modo geral – devem enfrentar o problema, discuti-lo abertamente, com seriedade, honestidade, sensibilidade jurídica e responsabilidade social. E, acima de tudo, com respeito mútuo. Somente analisando as possibilidades e debatendo as conseqüências e soluções poderemos obter, de modo civilizado e racional, uma resposta que possa ser considerada razoável e adequada para os argumentos aduzidos por todos os interessados.

Mesmo que a solução judicial esteja longe de um resultado ideal – é impossível obter, nessa espécie de controvérsia, a denominada “única resposta correta” –, somente com um amplo debate e mediante a consideração de todos os argumentos e circunstâncias possíveis (*ceteris paribus all-things-considered*) é que a tutela jurisdicional estará mais próxima de um resultado que possa ser considerado justo ou, no mínimo, menos injusto.

Vejamos, então, a amplitude e a relevância da lide.

A Lei nº 6.225/2004 do Município de Vitória dispõe literalmente que:

Art. 1º A Prefeitura Municipal de Vitória reservará para o afro-descendente 30 % (trinta por cento) das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de vagas nos quadros de carreira.

Art. 2º O Poder Público baixará em noventa dias a publicação desta Lei, decreto regulamentando as condições de inscrição, formas de apuração de resultados, classificação e escolhas de vagas pelos profissionais referidos no artigo anterior.



Art. 3º As despesas com a execução desta Lei ocorrerão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Desse modo, o Município de Vitória estabeleceu que todo concurso público visando ao preenchimento de vagas nos quadros de carreira deve destinar 30% (trinta por cento) das ofertas para os afro-descendentes.

A citada Lei deflagrou uma controvérsia que atinge zonas de tensão social, com profunda repercussão constitucional. A questão refere-se à necessidade de ações afirmativas para reparar injustiças sociais e outorgar eficácia integral ao princípio da igualdade, atribuindo um tratamento desigual (positivo) aos afro-descendentes para contrapor as situações desiguais (negativas) a que se submeteram por longo tempo. Busca, assim, estabelecer um equilíbrio, como um Ótimo de Pareto.

Por sua vez, a Ação de Inconstitucionalidade também procura outorgar eficácia integral ao mesmo princípio constitucional, aduzindo que o tratamento privilegiado aos afro-descendentes contraria a igualdade, que é um direito fundamental assegurado a todos cidadãos, “sem distinção de qualquer natureza” (CF/1988, art. 5º).

Então, podemos verificar que a controvérsia é de indiscutível relevância e de grande repercussão social. Relaciona-se com a interpretação e a concretização do princípio da igualdade, assim como exige uma verdadeira ponderação de valores constitucionais (deonticamente modalizados). Situa-se, portanto, no âmbito da própria eficácia dos direitos fundamentais.

Em algumas situações, a ponderação de princípios constitucionais que asseguram direitos fundamentais pode produzir uma ruptura social que não deve ser menosprezada.

A interpretação que proteger um determinado direito fundamental poderá excluir o direito (também fundamental) de outras pessoas ou outros grupos sociais. É o que ocorre no caso em julgamento. A interpretação que diferenciar os afro-descendentes, com o escopo de igualá-los aos demais candidatos no acesso aos cargos públicos, excluirá a igualdade absoluta, sem qualquer distinção, que naturalmente ocorre em um concurso público. A polêmica,

assim, leva a um rompimento da harmonia e da unidade sociais, em razão dos valores antagônicos.

O Tribunal deve cuidar, então, para que a função integrativa da Constituição não seja desprezada, apesar da profunda divergência ideológica encontrada em controvérsias que, como esta, dividem a opinião pública. PETER HÄBERLE já havia denunciado essa característica, com as seguintes palavras:

Em relação àquelas leis menos polêmicas, isso poderia significar que elas não devem ser submetidas a um controle tão rigoroso, tal como se dá com as leis que despertam pouca atenção, porque são aparentemente desinteressantes (v.g. normas técnicas) ou com aquelas regulações que já restam esquecidas.

Peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade [...]. É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição (cf. , p. 45-46 – o destaque não consta no original).

Esse é, inclusive, um cuidado a ser tomado neste julgamento: a preservação do mínimo necessário de integração que a Constituição deva garantir.

Mas, poderíamos indagar, como preservar o mínimo da função integrativa das normas constitucionais, em uma demanda como esta?

Não há outra resposta, a não ser através da participação democrática na interpretação da Constituição. Isto é, por intermédio de um amplo debate e de uma interpretação feita por uma sociedade aberta.

Agindo assim, os grupos sociais terão a oportunidade de influenciar os órgãos formais de interpretação constitucional (os tribunais) e a si mesmos (grupos opostos ou neutros), aduzindo argumentos – racionais e razoáveis – para tentar demonstrar a necessidade de a sua tese ser acolhida. Essa discussão pública, se realizada com responsabilidade social, seriedade jurídica e equilíbrio, visa a resgatar, através do consenso (argumentativo) , a integração social preconizada pela Constituição.

### **3. Os participantes do processo de interpretação da Constituição**

Mas, será possível uma participação democrática na interpretação da Constituição?

Estamos acostumados a considerar apenas a interpretação elaborada pelos órgãos estatais e pelos participantes formais do processo constitucional (tribunais, órgãos públicos etc). Mas não podemos esquecer – ou sequer excluir – aqueles que são os próprios titulares do poder, independentemente de uma vinculação formal ao seu exercício. Nesse sentido, destaco o lúcido argumento de PETER HÄBERLE: A questão da legitimação [dos diferentes intérpretes da Constituição] coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional. São os órgãos estatais [...] (HÄBERLE, cf. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 29).

E, mais adiante, prossegue com o raciocínio: Uma Constituição [...] não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade (*konstitutionelle Wirklichkeit und Öffentlichkeit*), tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! Elas participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas [...]. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um

entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (“nicht-zünftige” Interpreten) (HÄBERLE, op. cit., pp. 33-34 – destaquei).

O emérito professor explica a essência de sua tese com as seguintes palavras: Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsint[er]preten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft).

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento constituinte dessa sociedade (... weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuen mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, op. cit., pp. 12-13).

Não há como refutar o preciso argumento do ilustre professor titular aposentado da Universidade de Bayreuth. Sem excluir os participantes formais, é preciso admitir, indiscutivelmente, a interpretação constitucional por toda a sociedade, por todos os grupos de interesse, por todos os cidadãos. Dentre os legitimados, PETER HÄBERLE ainda inclui: (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão) que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa

de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais; (op. cit., pp. 22-23).

E afirma, com expressivo destaque: “Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!” (op. cit., pp. 36-37). Assim, o debate sobre a interpretação constitucional não pode excluir os membros da sociedade civil, não pode desenvolver-se sem a participação do próprio povo. Este, sim, é o verdadeiro intérprete da Constituição. Nessa linha de raciocínio, é preciso assegurar que a controvérsia seja solucionada com a participação de uma “sociedade aberta”, na denominação de HÄBERLE, permitindo a interpretação pluralista da Constituição, por todos os interessados.

Por sua vez, o modo de se obter tanto a participação popular como a democratização da decisão, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, será através de uma audiência pública, em que todos os argumentos, científicos ou não, serão conhecidos.

#### **4. A Audiência Pública e a possibilidade de o “povo” influir na convicção dos tribunais**

O excelente artigo escrito por FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS, ao comentar a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, esclarece a importância da participação da sociedade civil na formação da convicção dos tribunais. Reproduzo, assim, suas palavras: De se referir que a possibilidade de a sociedade civil influir na opinião dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é, sem dúvida, um fator de legitimação ainda maior das decisões da Corte Suprema, notadamente daquelas que tenham por objeto a concretização dos chamados direitos fundamentais.

Valendo lembrar que à jurisdição constitucional cabe assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e, além disso, manter e aperfeiçoar o regime democrático. Logo, de fora a parte a tarefa de aferir a regularidade dos atos normativos com a Lei Maior, a jurisdição constitucional deve assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesse contexto, para que a

jurisdição constitucional possa bem exercer a sua função é necessário que ela esteja democraticamente aberta às várias correntes de pensamento que coexistem na sociedade. Mas não é só. É também preciso assegurar meios para que a sociedade civil organizada possa contribuir na formação do pensamento dos intérpretes oficiais. (cf. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/artigos/FabricioJuliano\\_rev84.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/artigos/FabricioJuliano_rev84.htm) acesso em 15.9.2008).

Com razão o ilustre jurista. A jurisdição constitucional – mesmo aquela prestada nos limites de um estado-membro da federação – deve considerar democraticamente todos os argumentos que possam existir, ou coexistir, na sociedade.

Não podemos esquecer que, geralmente, as minorias não conseguem expressar seus interesses, suas reivindicações, ou mesmo seus argumentos, simplesmente porque, em um regime democrático, a vontade da maioria prevalece.

Até mesmo quando atingidos pelos efeitos da decisão, a minoria não tem como influenciar no resultado. Esse fato não escapou a FRIEDRICH MÜLLER, que observou: - mesmo em plebiscitos não têm voz: a minoria e os não-participantes ou os que por razões de “restrição social” não podem participar do resultado, embora juridicamente afetados por ele (cf. MÜLLER, Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71).

Em uma audiência pública, os grupos que geralmente “não têm voz” em uma democracia representativa – ou seja, as minorias – podem manifestar-se. Podem aduzir seus argumentos em defesa de seus respectivos interesses, para influenciar e justificar a decisão de um órgão formal de interpretação. Assim, os Tribunais terão como ponderar os argumentos das minorias e – caso prevaleçam – as respectivas pretensões poderão receber a tutela estatal adequada, ainda que o grupo não tenha representatividade política e, em consequência, não receba qualquer proteção normativa legislada.

Ao mesmo tempo, é preciso considerar que a atuação dos tribunais atinge concretamente as pessoas, que suportarão diretamente os efeitos da decisão. Portanto, a norma concreta criada pela decisão judicial tem uma intensidade maior que a imposição de um comportamento através de uma norma abstrata. Não digo que a instituição de uma norma jurídica geral e abstrata seja de menor importância. É exatamente o contrário. Cada função estatal tem seu significado político e social. E editar a norma jurídica abstrata – com legitimação democrática – encontra-se dentre as funções mais relevantes que podemos encontrar em um Estado Democrático de Direito. A maior intensidade da decisão judicial (norma concreta), contudo, decorre da sua executividade, ou seja, da possibilidade de o Judiciário impor o seu cumprimento (enforcement).

Isso põe em destaque outra importante característica desta demanda. No caso em julgamento, há um pouco dos dois. A decisão atingirá concretamente a esfera jurídica de inúmeras pessoas (principalmente aquelas já aprovadas em concurso público e que aguardam o resultado desta demanda), mas manterá um caráter abstrato, por se tratar de processo objetivo de controle de constitucionalidade (ADI de lei municipal), que produz efeitos erga omnes e eficácia vinculante, pelo menos nos limites do Estado. Há, assim, um misto de norma concreta e de norma abstrata: estabelece um comportamento a ser observado por todos e, ao mesmo tempo, é passível de imposição concreta (enforcement) para garantir sua eficácia, caso haja descumprimento.

Dada essa característica do processo objetivo de controle de constitucionalidade, torna-se ainda mais importante assegurar a participação popular como forma de aumentar a legitimação da decisão. Quanto maior for a participação democrática na audiência pública, maior será a legitimação da própria decisão, que considerará os argumentos e as preferências dos participantes ao solucionar a controvérsia.

## **5. A previsão normativa da Audiência Pública e os precedentes do Supremo Tribunal Federal**

A Lei nº 9.868/99 prevê, em seu art. 9º, § 1º, a possibilidade de realizar-se audiência pública em sede de ação direta de inconstitucionalidade. O § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 dispõe expressamente que:

Art. 9º Omissis.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Portanto, há previsão legal para a designação de audiência pública em ação direta de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconhece a importância desse mecanismo de participação popular. Em um gesto inédito e digno dos maiores elogios, o Supremo Tribunal Federal realizou uma histórica audiência pública na ADI nº 3510, relator Ministro Carlos Ayres Britto, que analisou a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias (Lei da Biossegurança). A referida audiência teve por escopo a oitiva de peritos e cientistas que pudessem esclarecer detalhes técnicos sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Após a bem sucedida experiência, outras audiências públicas, também dignas de referência, foram designadas e realizadas no Supremo Tribunal como, por exemplo, na ADPF 101, relatora Ministra Cármen Lúcia (Importação de Pneus 8 Terça-Feira 23 de setembro de 2008 Edição nº 3401 D.J. ESPÍRITO SANTO Usados e Remoldados) e na ADPF 54, relator Ministro Marco Aurélio (Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico) .

Portanto, tanto a legislação como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitem a audiência pública em ação direta de inconstitucionalidade.

## **6. O escopo da Audiência Pública em Ação Direta de Inconstitucionalidade**



É verdade que, até o momento, o Supremo Tribunal Federal designou audiência pública para, na essência, ouvir peritos e para receber informações técnicas sobre as respectivas controvérsias. Poderíamos imaginar, então, que o escopo da audiência pública cinge-se a obter informações técnicas e opiniões científicas sobre determinada matéria.

Porém, não podemos limitar a audiência pública para essas hipóteses. Essa conclusão não favoreceria a função legitimadora de uma interpretação aberta e pluralista. Afinal, o conhecimento técnico sobre uma controvérsia pode ser obtido até mesmo por perícia judicial, ordinariamente determinada nas ações judiciais. Para que haja verdadeiramente o pluralismo na interpretação constitucional, a participação popular não deve ser limitada à opinião científica, mas, antes, deve ser admitida como manifestação política, como ideologia de grupo de interesse, como manifestação do cidadão. Nessa linha, HÄBERLE adverte: “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (N.T.: O art. 33, I, da Lei Fundamental consagra a igualdade de direitos e obrigações do cidadão alemão). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! (pp. 36-37 – o destaque é nosso).

O povo – na linha sustentada por HÄBERLE – deve participar de qualquer processo que possa afetá-lo diretamente. Mesmo não tendo competência formal para interpretar a Constituição (competência destinada aos órgãos oficiais em uma sociedade fechada), não pode ser excluído, por ser o próprio titular do poder e destinatário da norma. E, se a participação do povo deve ser admitida, então não podemos limitar a audiência pública à opinião técnica ou científica. Devemos admitir até mesmo a participação popular para ouvir as

razões pessoais (políticas, sociais, psicológicas e da própria experiência de vida).

Esse sentido que ora extraio da norma não conflita com a previsão legal. Uma leitura atenta do § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 apóia essa interpretação, quando prevê que, além de “designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão”, o Tribunal poderá, em audiência pública, “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. A experiência e a autoridade não se limitam ao conhecimento científico. Antes, a experiência refere-se ao contato direto com a fonte cognitiva de informações (percepção, memória, imaginação e até a introspecção), isto é, trata-se do acúmulo direto de sensações e de percepções. No caso em julgamento, não há necessidade de informação técnica sobre a matéria. Mas é imprescindível a manifestação de qualquer pessoa ou grupo com experiência – própria ou não – sobre as oportunidades dos afro-descendentes no mercado de trabalho, sobre a igualdade ou desigualdade de condições em que concorrem e sobre as dificuldades ou facilidades que enfrentam. Conforme demonstra HÄBERLE, quem “vive” a norma, inclui-se também dentre aqueles que a interpreta (Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch mit), pois toda “atuação individual” constitui uma “interpretação constitucional antecipada” (op. cit., pp.13-14).

Apenas com a participação popular conseguiremos a verdadeira interpretação e a autêntica concretização da Constituição.

## **7. Procedimento da audiência pública**

Por fim, resta estabelecer o procedimento a ser observado. Essa preocupação também ocorreu no Supremo Tribunal Federal, pois, apesar de a Lei nº 9.868/99 prever a audiência pública, não há previsão legal ou regimental estabelecendo o seu procedimento. A falta de previsão no Regimento Interno deste Tribunal de Justiça não é óbice, assim como não foi no Supremo Tribunal Federal, que também não tinha previsão regimental. Seguindo o exemplo da Corte Suprema, utilizarei o Regimento Interno da Câmara dos Deputados para presidir os trabalhos da audiência pública ora designada. Assim, as seguintes regras serão observadas:

Art. 256. Omissis.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser aparteado.

§ 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão.

§ 5º Os Deputados (in casu, os Desembargadores) inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

Com esse modelo, os debates serão limitados ao tema da audiência pública. Não haverá, em hipótese alguma, confronto entre os participantes. Medidas serão tomadas caso a ordem dos trabalhos seja perturbada ou na eventualidade de os debates ultrapassarem os limites da urbanidade e do decoro, conforme previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

## **8. A Audiência Pública Virtual**

A participação democrática na construção de argumentos sobre a controvérsia pode ser obtida não apenas em tempo real, mas também através de ferramentas modernas como a internet. Com a criação de uma sala de discussão na internet, todos poderão participar ativamente, aduzindo suas razões e seus argumentos, sejam favoráveis, sejam contrários. Desse modo, a participação popular será direta, com a possibilidade de os grupos de interesse

manifestarem sua opinião, independentemente de presença física. Haverá, assim, a concretização plena dos ideais democráticos.

Para tanto, basta fornecer acesso a um campo de discussão, em uma verdadeira “Audiência Pública Virtual”, que terá duração por toda a tramitação do processo.

Naturalmente, as discussões deverão pautar-se nos limites do tolerável, com urbanidade, educação, respeito mútuo, seriedade e tantas outras cautelas que um mínimo de civilidade exige. Desse modo, a Audiência Pública Virtual deverá ser acompanhada por um moderador que, apesar de não interferir nos debates, evitará provocações e termos ofensivos, para proteger a honra de todos os participantes.

Também devem ser bloqueadas palavras-chave consideradas ofensivas a qualquer grupo.

## **9. Conclusão**

Em razão do exposto, designo Audiência Pública para o dia 22 de outubro de 2008, às 14 horas. Os interessados poderão inscrever-se para a Audiência Pública através do website do Tribunal, por email, por correspondência ou até pessoalmente, na Secretaria do Tribunal Pleno. Recomenda-se que as inscrições ocorram até o dia 15 de outubro de 2008, para que a distribuição do tempo entre os interessados seja elaborada. A inscrição após essa data não será indeferida de plano, mas estará condicionada ao número de participantes previamente inscritos.

Se houver número expressivo de inscritos, serão selecionados aqueles com maior autoridade e experiência sobre o tema, mantendo-se, sempre, a paridade e a atuação numericamente equilibrada dos interessados.

Considerando que a finalidade da audiência pública é a de permitir possam os interessados influenciar a decisão do Tribunal, expeçam-se convites aos demais Desembargadores integrantes da Corte.

Determino, ainda, a criação de um fórum de discussão intitulado “Audiência Pública Virtual” no website do Tribunal de Justiça, com amplo acesso da

população, controlado por moderador que deverá bloquear palavras-chave ofensivas, sem interferir no conteúdo.

Intimem-se as partes. Dêem ciência do teor desta decisão ao Procurador Geral de Justiça, à Procuradora Geral do Estado, ao Defensor Público Geral, à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Espírito Santo, e aos veículos de comunicação.

Será possível o ingresso de amici curiae para funcionar no processo, desde que requerido e deferido previamente.

Dê-se ampla publicidade, para conhecimento das entidades interessadas e dos cidadãos, de modo geral.

Publique-se na íntegra.

Vitória, 16 de setembro de 2008.

**SAMUEL MEIRA BRASIL JR**

Desembargador