



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA

**A RECONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DO
AGIR COMUNICATIVO: DECISÃO JUDICIAL, PROCESSO CIVIL E
RACIONALIDADE COMUNICATIVA**

Recife
2023

CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA

**A RECONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DO
AGIR COMUNICATIVO: DECISÃO JUDICIAL, PROCESSO CIVIL E
RACIONALIDADE COMUNICATIVA**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo. Linha de pesquisa: Teorias da Jurídica.

Orientadora: Profa. Dra. Mariana Pimentel Fischer Pacheco.

Coorientador: Prof. Dr. Vitor Souza Lima Blotta

Recife
2023

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

P436r Pereira, Carlos André Maciel Pinheiro.
A reconstrução da cooperação processual na perspectiva do agir comunicativo: decisão judicial, processo civil e racionalidade comunicativa / Carlos André Maciel Pinheiro Pereira. -- Recife, 2023.
298 f.

Orientadora: Profa. Dra. Mariana Pimentel Fischer Pacheco.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2023.

Inclui referências.

1. Processo Civil - Brasil. 2. Teoria do Agir Comunicativo. 3. Habermas, Jürgen, 1929-. I. Pacheco, Mariana Pimentel Fischer (Orientação). II. Título.

347.8105 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-14)

CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA

**A RECONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DO
AGIR COMUNICATIVO: DECISÃO JUDICIAL, PROCESSO CIVIL E
RACIONALIDADE COMUNICATIVA**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo. Linha de pesquisa: Teorias da Decisão Jurídica.

Aprovado em: 05/06/2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Mariana Pimentel Fischer Pacheco (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Profa. Dra. Antonella Bruna Machado Torres Galindo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia (Examinador Externo)
Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP

Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Para Dario e Jenny

Sônia e Alberto

Jayra e Uyara

Mário

Dayveson

Samantha, Nina, Leon, Benji e Babi

Minhas alunas e meus alunos

AGRADECIMENTOS

A escrita de uma tese faz sentir na pele da alma o que é solidão: é você, um amontoado de pensamentos desordenados, fontes de leitura, uma página em branco, garrafas de vinho e alguma trilha sonora vinda direto dos anos '70 e '80 para manter a sanidade. Ao mesmo tempo em que você olha para si, há também muito espaço para pensar nas pessoas próximas, contemplar a trajetória do até então e indagar sobre o porvir. E nisso, sempre me peguei pensando em como, por que, por quem e para que eu estava me submetendo às dores e às delícias de cursar um doutorado – ou, uma mistura de “o que eu estou fazendo aqui?” com “no que fui me meter?” e “o que eu fiz para merecer isso?”.

Durante a trajetória, não somente do doutorado, mas também de toda a nossa vida – acadêmica e não acadêmica –, existem pessoas a quem devemos ser gratos. E a gratidão nunca deve ser manifestada como uma obrigação de toma lá da cá, mas sim como uma expressão do amor e do carinho. É pensando nisso que as próximas páginas serão recheadas de agradecimentos, mais ou menos cafonas, porém verdadeiramente sinceros e de coração. A ordem deles será quase cronológica, porém muito longe de serem estratificados por importância.

Inicialmente, preciso agradecer a uma pessoa que, apesar de nunca ter tido um convívio tão próximo, por ela já ter uma idade bastante avançada, senti próxima de mim durante várias etapas deste trabalho. Ao Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito Dario Jordão de Andrade, minha gratidão por ter proporcionado as condições materiais para que hoje eu e as meninas tivéssemos condições de ter – e ser – um lar. Nunca pudemos conversar sobre direito, afinal, o senhor partiu quando eu ainda era adolescente, mas saiba que parcela desta tese foi escrita pensando no senhor, e espero um dia fazer jus, enquanto jurista, ao fato de ser seu bisneto.

Minha gratidão a Jenny Maciel de Andrade, bisavó que espalhou tantas lições de sabedoria e, acima de tudo, foi expressão máxima da palavra amor. Até hoje sou grato por todo o carinho e cuidado que teve comigo ao longo da infância, faz falta tomar um guaraná escondido com a senhora me balançado na cadeira do terraço. Peço que a senhora continue, com a sua altivez e aí do outro plano, guiando o resto da turma que está ainda cumprindo a passagem por aqui.

E como agradecer Sônia Maciel de Andrade sem ocupar todo o espaço desta seção? É desafiador reduzir em um parágrafo todo o amor que tenho pela avó mais maluca e especial que um neto poderia desejar. A senhora continua sendo o exemplo máximo da minha vida e

sou afortunado o suficiente de ter aproveitado duas décadas ao seu lado. Hoje guardo todas as lembranças e todas as lições de vida dentro de uma saudade repleta de ternura e espero, um dia, ouvir novamente sua gargalhada e receber o seu abraço. Até lá, continuarei a me referir à senhora no tempo presente, pois, como uma amiga sua me disse, grandes mulheres, mesmo que tenham partido, devem ser referidas no presente e nunca no passado.

À minha mãe, Jayra de Andrade Pinheiro, toda a gratidão que houver nesta vida, em especial pelo amor que expressa na crença dos meus sonhos e na aceitação da minha pessoa. Com todos os meus defeitos, acertos, desvios e encaminhamentos, entre as nossas divergências e afinidades, entre as nossas brigas, por você querer que eu seja uma pessoa melhor e por me dar os melhores abraços do mundo, saiba que eu só tenho orgulho e gratidão por ser seu filho. Você é a melhor Mãe que alguém poderia querer ter.

E Tia Lalá, como agradecer-lá por tudo? Posso dizer que aqueles que tiveram a oportunidade de conviver com Uyara de Andrade Pinheiro foram pessoas de sorte. E sorte maior tive eu por ter uma Tia tão especial que sempre foi, verdadeiramente, como uma segunda Mãe. Minha cúmplice e comparsa de tantas presepadas, só resta lhe dizer que ainda processo essa saudade e que abrir uma cerveja não tem mais tanta graça como quando você estava por aqui. Obrigado, Lá, por tudo que fez por mim e pela Pequena e saiba que esse nosso amor por você é eterno.

A Mário Pereira da Silva, meu Pai, pelo carinho, pelo suporte e pela companhia, em especial pelas poucas, porém divertidas, viagens a Recife. Na torcida que a gente possa ter mais momentos como aqueles, de preferência sem o senhor se preocupar comigo dirigindo.

Ao meu primo, Felipe Maciel Pinheiro Barros, que serviu de mentor ao longo de toda a minha trajetória, obrigado por toda atenção e todos os incentivos, desde as orientações dos primeiros dias na faculdade até os conselhos dos dias atuais. Sou muito grato pelo carinho que você tem por mim e espero um dia poder retribuir o tudo que você representa na minha vida.

À Jandira Henrique do Nascimento, por todo amor, todo o carinho, todo o cuidado e toda dedicação ao longo dessas três décadas de vida, comigo, com Lalá e com a Pequena. Obrigado por sempre cuidar de nós e compartilhar o seu cotidiano conosco. Que Deus permita que a gente continue arengando por muitos anos.

À minha orientadora, Mariana Pimentel Fischer Pacheco, que com sua máxima do “não desvie do caminho”, me deu um norte essencial para a escrita desse trabalho. Obrigado por por me ensinar a como levar a filosofia a sério, a respeitar e ser generoso com os autores que estudo, sou grato por tido a oportunidade de lhe ter como guia nessa etapa.

Ao meu coorientador, Vitor Souza Lima Blotta (USP) e ao professor Delamar José Volpato Dutra (UFSC), agradeço por todo o suporte, em especial, por responderem de maneira tão rápida e atenciosa às mensagens eletrônicas, com indicações de obras para leitura e de trabalhos alinhados com o *Institut für Sozialforschung*.

Às professoras e aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Antonella Bruna Machado Torres, Artur Stamford da Silva, Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Lorena de Melo Freitas e Sergio Torres Teixeira por terem oportunizado momentos de tanta aprendizagem, mesmo em uma situação pandêmica de total adversidade e insegurança. Igualmente, agradeço aos servidores e técnicos do Programa de Pós-Graduação em Direito pela presteza e dedicação no trato de todas as demandas.

Às amigas que fiz na Universidade Federal de Pernambuco, que, mesmo em período do ensino remoto, se fizeram sempre presentes. Foi massa estar com vocês e espero que a gente ainda tenha a oportunidade de tomar uma cerveja e papear sobre a vida. Obrigado, Cora Cristina Ramos Barros Costa, Emílio Paulo Pinheiro D'Almeida Lins, Igor Beltrão Castro de Assis, Julienne Diniz Antão e Pedro de Oliveira Alves.

Aos amigos de Minas Gerais, minha gratidão por tantas dicas e sugestões. Deixo um abraço especial para os queridos Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Flávio Quinaud Pedron, Igor Alves Noberto Soares e Rafael Filipe Fonseca Menezes. É graças ao trabalho pioneiro da Escola Mineira de Processo que hoje nós discutimos a necessária interface entre filosofia do direito e direito processual civil.

Às minhas musas acadêmicas, Amanda Oliveira da Câmara Moreira, Bruna Agra de Medeiros e Mariana de Lemos Campos, que me deram um suporte inestimável durante a seleção do doutorado. Preciso, nessa ocasião, consignar um agradecimento mais do que especial a Andressa Solon Borges, que não só foi uma das principais incentivadoras desta empreitada, como me acompanhou em cada uma das etapas, sempre com suas palavras generosas e repletas de afeto. Meninas, só estou “aqui” graças a vocês e preciso deixar isso mais do que registrado, pois a gratidão e o orgulho que tenho da nossa amizade é sem igual.

E se hoje cheguei até aqui, é porque nas etapas anteriores tive figuras nas quais eu pude me espelhar. Minha eterna gratidão ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte, por ter me concedido a bolsa que me permitiu ingressar no ensino superior. À professora e amiga Luciana Flavia Nunes Casimiro, por me influenciar a seguir a carreira acadêmica. Aos professores Pablo Moreno Paiva Capistrano e Ronaldo Alencar dos Santos, pelas primeiras lições de filosofia. Ao grande meu grande mentor, mestre e amigo, Marco Aurélio de Medeiros Jordão, por ter me apresentado ao universo habermasiano.

Ainda, agradeço ao grupo Filosofia, Direito e Sociedade, composto por Ana Mônica Medeiros Ferreira, Fábio Fidelis de Oliveira, Marcelo Maurício da Silva e Marco Aurélio de Medeiros Jordão, por terem me oportunizado dar os primeiros passos na pesquisa científica e no contato com a filosofia do direito. Foi no nosso projetos que me encontrei como docente e pesquisador e comecei a desenvolver a linha de pesquisa que me trouxe até aqui.

Partindo da metáfora sobre ver mais longe por estar sobre ombros de gigantes, preciso agradecer a uma figura academicamente paterna. Esse gigante acadêmico me deu um suporte inestimável, com palavras de incentivo, com discussões sobre a teoria de Habermas, com presteza e atenção em dirimir minhas dúvidas e, além disso tudo, por ser autor de toda uma produção acadêmica que norteia a mim e a tantos outros potiguares. Ao professor Ricardo Tinoco de Góes, verdadeiro pai da escola jurídico-filosófica que está sendo desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, minha mais singela e profunda gratidão.

Dos amigos que acompanharam essa trajetória do doutorado, preciso registrar um agradecimento especial para três figuras ímpares. A Lívio Alves Araújo de Oliveira, pelo intercâmbio de informações sobre a teoria habermasiana, pelas sempre apuradas indicações de leitura e pelas conversas sobre direito e rock. A Guilherme Araújo de Queiroz, obrigado pelos momentos de diversão e por todas as risadas e lágrimas que dividimos nesse período. A Guilherme de Sousa Lima, obrigado pela amizade, pelo apoio, pelas gargalhadas compartilhadas e por todo o entretenimento, principalmente em alguns dos momentos mais tensos desse percurso.

Aos colegas de docência, agradeço a amizade e parceria. Obrigado, Ana Marília Dutra Ferreira da Silva, Daliana Maria Costa Feitosa, Daniel Ramos Dantas, Emanuela Brunet de Miranda Rocha, Fabiano César Petrovich Bezerra, Felipe Macedo Zumba, Filipe Rocha Andrade, Fillipe Azevedo Rodrigues, Gabriel Lucas Moura de Souza, Guilherme Amorim Garcia Udre Varela, Laís Caroline Kuss, Marília Almeida Mascena Bezerra, Marina de Carvalho Guedes, Murielle Cristina Guanabara Ramalho Câmara, Paulo Henrique Marques Souto, Petrucia da Costa Paiva Souto, Pedro Fernando Borba Vaz Guimarães, Ricardo Luiz Muniz de Souza Filho, Roberta Abbott Galvão Ururahy, Roberta Cabral Medeiros, Rodrigo Cavalcanti, Rodolfo Hugo Barbosa de Souza, Rômulo Dornelas Pereira, Samara Trigueiro Félix da Silva, Vivian Gabriella Barroso da Silva e Yuri Marques de Melo Santiago. E recheado de saudade, um obrigado para Alda Cristina Mariano Pimentel, pelo exemplo de professora e de ser humano, que tanto nos encantou e ensinou com sua simplicidade, alegria, e perseverança, mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos meus monitores, Alba Angélica Farias Alves Ratis da Paz, Évany da Silva Braga, Felipe de Araújo Lehnemann, Pedro Wellington Dantas dos Santos e Yasmin Gabrielly de Moura Fontes Dantas, por todo suporte nos semestres em que estivemos juntos. Foi uma alegria dividir a sala de aula com vocês e saibam vocês que contam sempre comigo.

À minha fiel escudeira felina, Samantha, pela companhia constante e por todos os momentos de fofura, de alegria e de alergia que diariamente me proporciona. À Leon, a Nina, a Benji e a Babi, por tornarem os dias melhores, sempre recheados de gargalhadas, latidos, miados e ronronados. E em saudade, minha gratidão a Pérola, a Tequila e a Nina, pelos bons momentos que tivemos juntos.

Às minhas alunas e aos meus alunos, meu obrigado por manter acesa a minha vontade de continuar aprendendo dentro e fora da sala de aula. Os bate-papos que mantemos são o motivo de me desdobrar em mil para fazer a melhor aula possível e tentar contribuir, ainda que minimamente, para a construção dos sonhos de vocês. Se não fossem as aventuras da sala de aula, definitivamente este trabalho sequer existiria ou teria algum motivo de ser.

E por fim, há uma última pessoa que preciso agradecer e que tomará, merecidamente, mais alguns parágrafos que os demais. Alguém que sabe escolher palavras ternas e as expressa de maneira doce, alguém que me incentiva e que corresponde ao meu primeiro bom dia e ao meu último boa noite, alguém que me dá um norte toda vez que me perco no mundo da lua. Seu “vai dar certo”, suas respostas de “sim, tá com cara de tese”, as correções que você fez com tanto carinho, as conversas sobre os desafios da academia, nossos planos para o futuro, o seu abraço que tanto me traz conforto e segurança, enfim, todo oásis que só a gente sabe que existe.

Afinal, depois de ter você na minha vida, quais são as outras dúvidas que podem restar sobre os sentidos das palavras amor e cumplicidade? O que me resta, senão viver, ao seu lado, a poesia que escrevemos dia a dia? Porque nós temos um ao outro e isso já basta para ver o mundo com as cores de Almodóvar e viver plenamente cada momento do hoje. E a experiência de vivenciar o doutoramento com você ao meu lado somente reforçou tudo o que eu sinto.

É por tudo isso que eu preciso expressar minha máxima gratidão a você, Dayveson Noberto da Costa Pereira, meu parceiro na escrita desta tese e fonte de inspiração para cada dia ser uma pessoa melhor. Obrigado por fazer, do seu amor, o meu mundo e dar tantas razões para que cada dia nasça mais feliz do que o outro. Que Deus nos permita seguir nesse caminho de mútua admiração, porque eu começo onde você termina e você começa onde eu termino.

RESUMO

A teoria de Habermas traz elementos contrafáticos que permitem, a partir da metódica reconstrutiva e da razão comunicativa, desvelar potenciais de transformação e emancipação presentes nas sociedades capitalistas. De outro lado, o Código de Processo Civil traz um possível modelo procedimental, consoante a adoção da cooperação processual como uma norma fundamental que guiará o comportamento dos sujeitos processuais. Neste entrementes, a presente tese almeja empregar o método da reconstrução habermasiano na cooperação processual, usando como matriz a teoria do agir comunicativo e seu desdobramento na teoria de uma decisão jurídica procedimental desenvolvida na obra *Facticidade e Validade*. Tem como objetivo verificar se, a partir da cooperação processual, o direito processual civil cumpre com os requisitos procedimentais habermasianos para produção de decisões judiciais corretas e consistentes. Também pretende analisar se existem circunstâncias emancipatórias que permitam ganhos na legitimidade das decisões judiciais, tanto para o jurisdicionado quanto para a sociedade civil. Como conclusão, a tese compreende que a cooperação processual possibilita, no campo endoprocessual, um acréscimo de legitimidade, em especial no tocante à formação dos precedentes judiciais e, na esfera exoprocessual, permite que seja feito o *accountability* do julgado, visando combater as figuras de perversão do direito.

Palavras-chave: Jürgen Habermas; Teoria do Agir Comunicativo; Código de Processo Civil. Cooperação Processual.

ABSTRACT

Habermas' theory brings counterfactual elements that allow, from the reconstructive method and communicative rationality, to unveil potentials of transformation and emancipation present in capitalist societies. On the other hand, the Code of Civil Procedure brings a potential procedural model, as it adopts the procedural cooperation as a fundamental norm that will guide the behavior of the litigant parties and the judge. In this context, the following thesis aims to employ the Habermasian reconstructive method on the procedural cooperation, using, as a matrix, the theory of communicative action and its unfolding in the theory of procedural judicial decision developed in *Between Facts and Norms*. It aims to verify whether, based on procedural cooperation, civil procedural law complies with the habermasian procedural requirements for the production of correct and consistent judicial decisions. It also intends to analyze whether there are emancipatory circumstances that allow gains in the legitimacy of judicial decisions, both for the litigant parties and for the civil society. As a conclusion, the thesis understands that procedural cooperation enables, in the endoprocedural field, an increase in the decision legitimacy, especially with regard to the formation of judicial precedents and, in the exoprocedural sphere, it allows the accountability of the judgment to be made, aiming to combat the figures of law perversion.

Keywords: Jürgen Habermas; Theory of Communicative Action; Code of Civil Procedure; Procedural Cooperation.

RESUMÉN

La teoría de Habermas aporta elementos contrafactuales que permiten, a partir de la metódica reconstructiva y de la razón comunicativa, develar las potencialidades de transformación y emancipación presentes en las sociedades capitalistas. Por otro lado, el Código Procesal Civil trae un modelo procedimental potencial, por la adopción de la cooperación procesal como una norma fundamental que guiará el comportamiento de los sujetos procesales. En este contexto, la presente tesis pretende emplear el método de reconstrucción habermasiano en la cooperación procesal, utilizando como matriz la teoría de la acción comunicativa y su despliegue en la teoría de la decisión judicial procedimental desarrollada en Facticidad y Validez. Su objetivo es verificar si, con base en la cooperación procesal, el derecho procesal civil cumple con los requisitos procesales habermasianos para la producción de decisiones judiciales correctas y consistentes. También pretende analizar si existen circunstancias de emancipación que permitan acrecimientos en la legitimidad de las decisiones judiciales, tanto para las partes del proceso como para la sociedad civil. En su conclusión, la tesis entiende que la cooperación procesal posibilita, en el ámbito endoprocesal, un aumento de la legitimidad, especialmente en lo que respecta a la formación de precedentes judiciales y, en el ámbito exoprocesal, permite lo *accountability* de la decisión, con el objetivo de combatir las figuras de perversión de lo derecho.

Palabras-clave: Jürgen Habermas; Teoría de la Acción Comunicativa; Código Procesal Civil; Cooperación Procesal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	16
2 A RACIONALIDADE COMUNICATIVA NA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS	21
2.1 QUESTÕES INICIAIS SOBRE O CONTEXTO DA OBRA DE JÜRGEN HABERMAS	21
2.2 A BASE EPISTEMOLÓGICA DO AGIR COMUNICATIVO COMO DESTRANSUCENDENTALIZAÇÃO DA VERDADE E DA RAZÃO	24
2.3 O USO PÚBLICO DA RAZÃO E A RACIONALIDADE NA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO.....	28
2.3.1 O modelo reconstutivo na abordagem habermasiana	29
2.3.2 O agir comunicativo e a racionalidade comunicativa a partir da linguagem	33
2.3.3 O mundo da vida e as relações discursivas	43
2.3.4 A relação entre mundo da vida e sistemas	47
2.4 A RECONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO	54
2.4.1 A reconstrução do ordenamento jurídico e o conteúdo do direito	63
2.4.2 A relação entre direito e política na perspectiva da democracia deliberativa	71
3 A PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS	85
3.1 OS PARADIGMAS DO DIREITO NA TEORIA DE HABERMAS	85
3.1.1 O enfoque liberal	86
3.1.2 O arquétipo jurídico do Estado social	89
3.1.3 A razão comunicativa e o direito procedimental.....	93
3.2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROCEDIMENTAL E A TENSÃO ENTRE CORREÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.....	97
3.2.1 As teorias da interpretação jurídica na avaliação habermasiana	99
3.2.1.1 A hermenêutica jurídica e a pré-compreensão de Hans-Georg Gadamer	99
3.2.1.2 O realismo jurídico e suas ramificações no realismo norte-americano, na Escola do Direito Livre e na Jurisprudência dos Interesses.....	101
3.2.1.3 O positivismo jurídico de Hans Kelsen e H.L.A. Hart	105
3.2.2 As influências de Habermas na elaboração da interpretação jurídica procedimental.....	110

3.2.2.1	Ronald Dworkin, o direito como integridade e a única resposta correta	111
3.2.2.2	Klaus Günther e os discursos de aplicação e fundamentação do direito	123
3.3	O MODELO DE DECISÃO JUDICIAL PROCEDIMENTAL DE HABERMAS	135
3.4	A RELAÇÃO ENTRE O MODELO DE DECISÃO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E O DIREITO PROCESSUAL	147
4	A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	151
4.1	A NATUREZA DO PROCESSO JUDICIAL E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL	151
4.1.1	O processo civil, a pacificação das lides e a participação social	153
4.1.2	Os modelos dispositivo e inquisitivo de gestão processual	157
4.2	O CONCEITO DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	164
4.2.1	A cooperação jurídica no direito alemão e o modelo de Stuttgart.....	165
4.2.2	A cooperação jurídica e o Código de Processo Civil de 1973.....	172
4.3	A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	174
4.3.1	As normas fundamentais processuais e a cooperação processual	176
4.3.2	A relação entre a cooperação processual, o princípio constitucional do devido processo legal e a boa-fé objetiva.....	183
4.3.3	A cooperação processual, o contraditório substancial e o saneamento compartilhado	188
4.3.4	Os deveres de cooperação das partes e dos magistrados	195
4.3.4.1	Dever de esclarecimento	197
4.3.4.2	Dever de consulta.....	198
4.3.4.3	Dever de prevenção.....	200
4.3.4.4	Dever de auxílio	201
4.3.4.5	Deveres de cooperação entre as partes e seus limites	201
4.3.5	As sanções disciplinares às condutas processuais e a efetividade cooperativa	203
4.4	OS REQUISITOS PROCEDIMENTAIS DO PROCESSO E SEU POSSÍVEL CUMPRIMENTO PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	207

5 A RECONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL PELO AGIR COMUNICATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	211
5.1 PONTUAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO	211
5.2 O ESTADO DA ARTE NO DIÁLOGO ENTRE OS PRESSUPOSTOS HABERMASIANOS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA ESCOLA MINEIRA DE PROCESSO.....	217
5.3 PREMISSAS PARA VIABILIZAR O DIÁLOGO ENTRE AÇÃO COMUNICATIVA E COOPERAÇÃO PROCESSUAL.....	231
5.4 UMA TEORIA DISCURSIVA (E COMUNICATIVA) DO PROCESSO CIVIL A PARTIR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	238
5.5 UMA APROXIMAÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL COM OS ELEMENTOS TEÓRICOS DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO.....	242
5.6 AS CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO PARA O PROCESSO CIVIL.....	247
5.6.1 A formação comunicativa dos precedentes judiciais e a otimização do direito	251
5.6.2 O <i>accountability</i> da decisão pela sociedade civil e o controle das figuras de perversão no direito	260
6 CONCLUSÕES.....	268
REFERÊNCIAS.....	283

1 INTRODUÇÃO

O estudo da interpretação, a questão da argumentação jurídica e as dificuldades na aplicação do direito remontam à antiguidade, se confundindo com a sua própria história. Ao longo desse percurso histórico, diversos métodos foram construídos e testados nas mais variadas circunstâncias políticas, econômicas, sociais, filosóficas e jurídicas. Os cânones interpretativos do passado, baseados ora em um direito natural, de caprichos metafísicos, e ora situados no positivismo jurídico, conseqüente da estabilização das condutas humanas, cedem gradativamente a novas perspectivas de interpretação.

Com a passagem do positivismo jurídico para o pós-positivismo, no término da Segunda Guerra Mundial, os debates acadêmicos são direcionados, de um lado, para a interação do direito com os outros campos do conhecimento e, de outro, para a problemática em torno da aplicação do ordenamento jurídico frente ao caso concreto. Nesse sentido, afloram diversas perguntas que vêm sendo respondidas, de formas distintas, pela ciência jurídica: como deve funcionar a argumentação jurídica? Há espaço para aplicação – e construção – procedimental e argumentativa do direito?

Fato é que o Estado Democrático de Direito, enquanto entidade jurídica capitaneada por uma Constituição, não pode se furtar a essas questões, sendo-lhe imposto que aplique o direito sob um tripé que envolve a aceitabilidade da decisão, o grau de sua racionalidade e a garantida de respeito à segurança jurídica. Essa atividade torna-se ainda mais complexa quando observadas as novas dinâmicas sociais, de índole pluralista, que alteram a maneira que a humanidade interage e, conseqüentemente, como o direito deve lidar com diversas questões.

Compulsando a evolução do direito brasileiro, que vem superando o tecnicismo formalista após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a maneira que os atores processuais se comportam vem sendo modificada, o que renova os questionamentos acerca da legitimidade das decisões judiciais e suas conseqüências. A última inovação jurídica dentro desse panorama é o Código de Processo Civil, que revela um modelo processual participativo ou cooperativo, o qual preconiza um novo perfil para partes, magistrados e terceiros, cuja atuação resulta em uma comunidade processual de trabalho. Ainda que não tenha sido algo percebido pela doutrina e pela jurisprudência dominantes, é o Código de Processo Civil de 2015 que positiva e disciplina – e portanto, deixa às claras – esse paradigma, inaugurado com o texto constitucional. Ademais, vale destacar que a dita legislação foi promulgada sob a égide de um regime democrático, o que traz ainda contornos diferenciados quanto à sua antecessora.

Diversas são as preocupações da dita legislação, que promove uma ruptura do processo tradicional para englobar uma perspectiva constitucional concatenada com os direitos fundamentais. Com efeito, várias são as inovações trazidas para os ritos processuais, sendo exemplos delas a organização da marcha processual dentro do processo judicial eletrônico, a criação de um sistema de precedentes judiciais, a preocupação em absorver a litigiosidade repetitiva, a oferta de elementos direcionados ao aspecto substancial das decisões e o desenho de normas fundamentais que vão reger o processo civil.

Dentre as normas fundamentais previstas pelo Código de Processo Civil está a cooperação processual, instituto que visa coordenar os planos de ação dos sujeitos processuais dentro da sistemática constitucional do processo civil. Trata-se de um item que pode imprimir consequências ao sistema jurídico, ante potenciais ganhos de legitimidade na construção das decisões judiciais e na própria condução do processo. Isso repercute diretamente na relação entre legitimidade, aplicação do direito e a própria sociedade.

No afã de compreender a cooperação processual, o presente estudo buscará promover uma reconstrução do instituto tomando como base os pressupostos da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e seus desdobramentos para o campo jurídico. Aqui se dará ênfase ao livro *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* –, cuja tradução é *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*.

A partir da obra mencionada, serão palmilhadas as bases de uma teoria da decisão fundamentada na inserção do agir comunicativo no direito processual e será possível responder ao problema de pesquisa a ser trabalhado, consubstanciando nos seguintes questionamentos: (i) é possível compreender se a cooperação processual cumpre os requisitos, assinalados por Habermas, para produção de decisões judiciais corretas e consistentes? E (ii) é possível manejar a reconstrução da cooperação processual a partir do agir comunicativo?

Em *Facticidade e Validade*, Habermas reconstrói o direito dentro de um paradigma procedimental, que tem como cerne um modelo de democracia deliberativa no qual são equilibradas as tensões entre direitos humanos e soberania popular. Pela caneta desse filósofo, é erguida uma teoria que enxerga uma construção radicalmente democrática para o direito, com esteio em uma interlocução ativa da cidadania com o Estado. Realizando esse percurso, Habermas discute a questão da aplicação do direito e sua indeterminação, oferecendo soluções dentro de uma argumentação procedimental que leva em conta a participação do destinatário na formulação da decisão, o que justifica o recurso a essa teoria.

Não obstante, já existem estudos prévios no âmbito da academia brasileira, os quais tratam dessa potencial relação entre os pressupostos teoria do agir comunicativo habermasiana e o direito brasileiro. Trata-se da Escola Mineira de Processo, produzida a partir dos pesquisadores formados na Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e que vem abordando, desde a virada do milênio, os pontos de contato entre o procedimentalismo habermasiano, o direito constitucional e o direito processual civil.

Cumprido destacar que, diferentemente do trabalho desenvolvido pela Escola Mineira de Processo, não existem pesquisas desenvolvidas sobre a relação entre processo civil e teoria do agir comunicativo, no âmbito do Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt (*Institut für Sozialforschung*), até o presente momento, o que foi verificado a partir de consulta aos sistemas informatizados da instituição. Com efeito, isso sinaliza para dois possíveis caminhos, o primeiro prevendo uma potencial adequação da teoria de Habermas ao direito brasileiro, como defendido pelos mineiros, ou a total incompatibilidade da teoria habermasiana com o estudo da cooperação processual alemã, ante a inexistência de pesquisas nesse sentido.

Todavia, para o desenvolvimento da pesquisa, se partirá da hipótese de que é possível trazer elementos da teoria habermasiana para reconstrução do processo civil brasileiro. A intenção aqui é buscar uma teoria da decisão alinhada com os elementos dogmáticos e de base discursiva, oferecendo parâmetros para reconstruir o processo civil a partir da racionalidade comunicativa. Essas ponderações dependerão de um exame que leve em conta tanto os institutos correlatos da dogmática processual como os requisitos de uma teoria argumentativa habermasiana.

A referida análise levará em conta o interesse direto e materialmente antagônico de alguns dos sujeitos processuais, que podem suplantar a cooperação em detrimento de ações egoísticas que visam exclusivamente o benefício próprio. Ou, em outros dizeres, será analisado se é possível concatenar os postulados teóricos do agir comunicativo com o processo e de que forma ele poderá ser realizado sem esperar uma eticidade impossível para uma situação litigiosa.

Também serão discutidos o vínculo e os efeitos da cooperação, sob a perspectiva da teoria do agir comunicativo, para o próprio processo civil, considerando a confecção e a aplicação dos precedentes judiciais e o convencimento, do poder judiciário, perante a sociedade civil. Inclusive, aí está o ineditismo deste trabalho, o que justifica seu estudo no

doutoramento, ao promover uma análise jurídica e filosófica da cooperação processual, que contempla as questões do discurso jurídico e da argumentação jurídica.

Como objetivo geral, a tese pretenderá reconstruir a cooperação processual a partir dos pressupostos que configuram a teoria do agir comunicativo, tomando como esteio a correlação da proposta teórica sobre decisão judicial de Habermas com o processo civil brasileiro. No que toca os objetivos específicos, o trabalho tentará:

- a) identificar os elementos que formam a teoria do agir comunicativo e como se relacionam com o papel desempenhado pelo direito e, em especial, como se dá a construção procedimental de um direito legítimo;
- b) analisar o marco teórico empregado por Habermas ao tratar da teoria da decisão judicial com vistas aos requisitos da argumentação jurídica e do direito processual no campo do direito procedimental;
- c) investigar o instituto da cooperação processual em sua perspectiva dogmática, contando desde sua evolução histórica até incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, com observância de sua relação com o direito constitucional e consequências processuais;
- d) reconstruir a cooperação processual a partir dos postulados da teoria habermasiana, com vistas às consequências dessa abordagem discursiva do processo civil para o direito.

No que concerne aos aspectos metodológicos, a pesquisa pretendida será contrafática, alicerçada em análise bibliográfica e terá, primeiramente, um viés exploratório, na medida em que buscará os elementos estruturantes que compõem a teoria do agir comunicativo e a cooperação processual. Em um segundo momento, a pesquisa terá um viés normativo, pois o exame pretenderá aprimorar os institutos em tela, a partir de uma análise crítica e assim fornecer aspectos deontológicos para leitura procedimental do processo civil brasileiro.

A tese utilizará, em sua elaboração, de análise bibliográfica, a qual terá como fonte, em relação à teoria do agir comunicativo, as obras publicadas por Jürgen Habermas e por comentadores da teoria habermasiana. Já no que toca ao direito brasileiro, serão empregadas obras de direito constitucional, de direito processual civil e obras sobre direito processual comparado, com ênfase àquelas produzidas pelos acadêmicos da Escola Mineira de Processo.

A pesquisa terá como estrutura uma divisão capitular na qual serão produzidas quatro seções, cada uma dedicada a um dos objetivos específicos pretendidos e que acima foram detalhados. Essa construção permitirá encontrar os resultados necessários para o recurso à

reconstrução da cooperação processual dentro da matriz do agir comunicativo e identificar, durante o caminho, os elementos essenciais de cada um dos polos em análise.

O primeiro capítulo tratará da teoria de Habermas, a partir dos elementos metodológicos e epistemológicos empregados e sua contextualização dentro da Teoria Crítica frankfurtiana. Após, irá discutir o conceito de racionalidade comunicativa e sua relação com o método reconstrutivo, com a teoria dos atos de fala, com o mundo da vida, com a integração social e com a presença dos sistemas. Feita essa análise, o capítulo debaterá a racionalidade do direito, observando a guinada de Habermas entre as obras Teoria do Agir Comunicativo e Facticidade e Validade para, ao término da seção, abordar a relação entre direito e política sob a ótica da democracia deliberativa.

O segundo capítulo abordará o modelo de interpretação e argumentação jurídica que Habermas oferece no quinto capítulo da obra Facticidade e Validade. Inicialmente serão trabalhados os paradigmas do direito, frente aos paradigmas dos direitos liberal, social e procedimental. Após, serão dados os contornos gerais do direito procedimental e como ele se reflete na tensão interna que reside na aplicação do direito, o que suscitará a construção de um modelo específico de argumentação jurídica. O objetivo é identificar os requisitos procedimentais trazidos para o direito processual na formação de decisões corretas e consistentes.

O terceiro capítulo esmiuçar a cooperação processual, considerando a teoria geral do processo, de modo a identificar como aquele instituto está situado dentro dos modelos de gestão processual. Em seguida, tratará do conceito da cooperação processual e de sua evolução histórica, fazendo-o em uma perspectiva comparada com o ordenamentos jurídico alemão. Após, debaterá a incorporação da cooperação processual pelo direito brasileiro, os reflexos que produz nos demais institutos contidos no Código de Processo Civil e como deve ser operacionalizada.

O último capítulo situará a presente pesquisa dentro do construto já existente da Escola Mineira de Processo para então promover a ligação entre a teoria de Habermas e a cooperação processual, fincando, inicialmente, os elementos básicos e os óbices para tal diálogo e, a partir disso, promover uma abordagem reconstrutiva do processo civil. Nessa seção, será discutido o papel do devido processo legal como um pressuposto pragmático da argumentação jurídica, cuja realização se dá pelo recurso à cooperação processual. Por fim, serão trabalhadas as consequências da reconstrução da cooperação para a legitimidade da decisão, para a formação dos precedentes judiciais e para o controle das decisões judiciais pela sociedade civil como forma de coibir as figuras de perversão do direito.

2 A RACIONALIDADE COMUNICATIVA NA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

2.1 QUESTÕES INICIAIS SOBRE O CONTEXTO DA OBRA DE JÜRGEN HABERMAS

Considerando que esta tese tem como objetivo analisar a cooperação processual na perspectiva da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, o primeiro passo na sua realização envolve compreender a racionalidade comunicativa proposta pelo teórico frankfurtiano, a partir de seus elementos formadores. Com efeito, o presente capítulo intenta analisar os conceitos básicos da ação comunicativa e como esses elementos se relacionam com o direito.

Em termos históricos, Habermas é perfilhado à Teoria Crítica, sendo considerado um expoente da segunda geração deste movimento teórico.¹ De seu turno, a Teoria Crítica está vinculada à Escola de Frankfurt e ao Instituto de Pesquisa Social e pretendeu, a partir da direção de Max Horkheimer, fazer um estudo interdisciplinar de ciências humanas dentro de uma matriz marxista comum.²

Quando situado em uma análise histórica da própria tradição frankfurtiana, Habermas critica as obras de Horkheimer e de Theodor Adorno, pois entende que o emprego de aporias pelos referidos filósofos coloca em risco o projeto pretendido por aquela escola. Logo, o aporte habermasiano pretende desvincular-se das ideias originais de Karl Marx e ampliar a análise para os elementos da realidade atual, em uma análise evolutiva da sociedade. A consequência desse exame é a formação de uma racionalidade comunicativa³, ora objeto de averiguação.

A abordagem de Habermas em torno das questões que envolvem o discurso tem razões biográficas:

Para meus interesses, quatro experiências podem ter sido relevantes: (1) após meu nascimento e na tenra idade da infância sofri a traumática experiência de diversas intervenções cirúrgicas [...] (2) do tempo após minha entrada na escola, lembro da experiência tida com dificuldades na comunicação e com ofensas em decorrência da minha deficiência; (3) na adolescência, fui marcado pela experiência de uma geração durante a cesura histórico-universal do ano de 1945 e (4) no decurso da minha vida adulta, fui perturbado por experiências políticas de uma liberalização da sociedade alemã do pós-guerra, liberalização esta sempre ameaçada e muito paulatina.⁴

Habermas começa a fundação da teoria do agir comunicativo no contexto político dos anos '60, em especial pela efervescência do movimento estudantil, que o levou a sair da

¹ NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 47-48

² NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 15

³ NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 53-55

⁴ HABERMAS, Jürgen. Discurso de agradecimento. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 331

Universidade de Frankfurt para o Instituto Max Planck, afastando-se do construto realizado pela escola teórica da primeira Instituição. Inicialmente, Habermas abraçou as demandas dos estudantes, pois havia uma sintonia com as críticas à tecnocracia e uma ênfase na preservação do Estado de Direito, a despeito de criticar os métodos empregados pelos referidos grupos. Posteriormente, o frankfurtiano passou a criticar o ativismo estudantil, por este grupo confundir uma situação não revolucionária com uma revolucionária e findar perdendo a única maneira de realizar uma mudança estrutural consciente no cenário alemão.⁵

Com efeito, a razão comunicativa se contrapõe à razão instrumental, descrita por Horkheimer, pois esta última orienta as ações humanas, que estão relacionadas à produção de condições materiais para a vida em sociedade, a partir de fins previamente determinados. Assim, o agente calcula os meios a serem empregados na realização daquela finalidade, sendo a racionalidade instrumental verificada, de forma mais comum, no trabalho, na dominação natural e na organização social.⁶ Este contraponto ocorreu por Horkheimer considerar a tese de Habermas muito radical, enquanto este taxava a visão do primeiro como demasiadamente conservadora.⁷

Curiosamente, o cenário de animosidade oriunda de Horkheimer foi gradativamente minando as oportunidades de Habermas dentro do instituto, o que motivou este a buscar Hans-Georg Gadamer. Habermas encontra na hermenêutica uma ponte para desenvolver sua própria teoria, complementando a universalidade e a compreensão daquela vertente teórica com a crítica ideológica e as ferramentas analíticas marxianas. Em essência, Habermas percebe os filtros ideológicos que permitem o desenvolvimento da tradição.⁸

Por outro lado, a razão comunicativa está condicionada a uma visão do mundo moderno, no qual existe a diferenciação entre natureza e cultura⁹ e é empregada para formação do entendimento mútuo, conforme as explicações que virão a seguir. Para Habermas, a racionalidade está condicionada ao que pode ser justificado discursivamente na prática discursiva que ocorre no âmbito social.¹⁰ Habermas pretende superar aquilo que considera falho nos seus antecessores, oferecendo, pelo agir comunicativo, o caminho para

⁵ SPECTER, Matthew G. **Habermas: an intellectual biography**. Cambridge: Cambridge University, 2011. p. 87-112

⁶ NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 55-56

⁷ SPECTER, Matthew G. **Habermas: an intellectual biography**. Cambridge: Cambridge University, 2011. p. 32-34

⁸ MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Habermas: a biography**. Cambridge: Polity, 2016. n.p.

⁹ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas**. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 31

¹⁰ FORST, Rainer. **Justificação e crítica: perspectivas de uma Teoria Crítica da política**. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: UNESP, 2018. p. 22

uma nova abordagem crítica aplicável à modernidade e que contemple a “autolegitimação normativa sem recair nas narrativas legitimadoras, metafísica ou religiosamente fundadas, que precederam a modernidade secularizada”.¹¹

Na perspectiva política, a teoria de Habermas se afasta do radicalismo reformista e revolucionário, aproximando-se bastante de uma defesa intransigente da democracia¹², ponto final que se pretende alcançar no exame da teoria em torno da racionalidade comunicativa. A justificativa para o emprego da teoria de Jürgen Habermas ocorre pela utilidade que o agir comunicativo possui na discussão de questões pertinentes à justiça e a democracia deliberativa frente à sociedade civil.¹³ O direito legítimo é criado a partir de uma rede comunicativa, denominadas de esferas públicas, que permitem que a comunicação que parte da sociedade adentre o Estado. É esse modelo de circulação que dá legitimidade para os códigos jurídicos – legislação – produzidos pelo poder estatal.¹⁴

A proposta habermasiana está fundada no percurso tomado pela Escola de Frankfurt e pelas circunstâncias históricas nas quais o teórico está circunscrito. Daí têm-se dois fatos que vão estimular a visão desenvolvida por Habermas e que será explorada ao longo deste capítulo:

O percurso da Escola de Frankfurt até Habermas tem dois importantes pontos decisivos. O primeiro é uma virada linguística, na qual a crítica da cultura realizada pela primeira Teoria Crítica é unida a uma teoria da comunicação e da evolução social. O segundo é o que se pode chamar de uma virada kantiana liberal, que considera que Habermas defende algum núcleo de características liberais da sociedade civil enquanto mantém, ao mesmo tempo, uma perspectiva crítica.¹⁵

Esses elementos serão melhor analisados ao longo deste capítulo, servindo o exposto acima para situar o leitor naquilo que virá logo em seguida. No que concerne às etapas a serem adotadas, inicialmente será aberta uma seção para tratar da epistemologia habermasiana para então ingressar em como o frankfurtiano trata da racionalidade jurídica. Após, o exame adentrará na relação entre direito e política, a partir da qual se forma a legitimidade procedimental e que está situada na relação comunicativa entre sociedade civil e Estado.

¹¹ HASSEN, Beatrice. A Teoria Crítica e o pós-estruturalismo: Habermas e Foucault. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 336

¹² WHITEBOOK, Joel. A união de Marx e Freud: a Teoria Crítica e a psicanálise. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 125

¹³ WHITE, Stephen Walsh. A própria ideia de uma ciência social crítica: uma virada pragmática. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 371

¹⁴ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 51-53

¹⁵ CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 276

2.2 A BASE EPISTEMOLÓGICA DO AGIR COMUNICATIVO COMO DESTRASCENDENTALIZAÇÃO DA VERDADE E DA RAZÃO

Para dar prosseguimento à pesquisa, é necessário ingressar na compreensão daquilo que Habermas entende por racionalidade comunicativa. Para dar esse primeiro passo, será feita uma breve introdução da matriz epistemológica do pensamento de Jürgen Habermas. Em um primeiro momento, Habermas reconstrói o projeto kantiano, a partir de uma abordagem pragmática, buscando uma aproximação com as ideias da razão esboçadas por Kant. É que Immanuel Kant enxerga um vínculo entre razão humana e liberdade, de modo que a racionalidade decorre da capacidade que o homem possui de estabelecer uma finalidade para sua ação a partir de razões que possam ser aceitas após uma ponderação do sujeito.¹⁶

Há de se destacar que, nesta caminhada, Habermas também emprega o conceito de jogos de linguagem de Ludwig Wittgenstein, ao abandonar o pensamento metafísico e hipotético de Kant, para abraçar uma abordagem na qual os sujeitos racionais deslocam sua racionalidade para a fala.¹⁷ O conceito de jogos de linguagem envolve tanto o processo de aprendizagem da língua quanto os processos de emprego linguístico, através do uso das palavras, no qual as denominações aos objetos mundanos são atribuídas.¹⁸ Trata-se de uma estrutura composta por linguagens completas em si que dão suporte aos sistemas de comunicação intersubjetivos – que ocorrem entre sujeitos.¹⁹ Explicando o pensamento de Wittgenstein: “A teoria dos jogos de linguagem entende a linguagem como um instrumento que pode ser usado em diferentes atividades, quais sejam: dar ordens, fazer promessas, contar mentiras, rezar, discursar e muitas outras mais.”²⁰

Na base epistêmica da ação comunicativa, tem-se a referência a uma dimensão pragmático-formal de sujeitos racionais que se entendem acerca de algo no mundo objetivo, deslocando o binômio ideal-real para o campo das ações humanas linguisticamente coordenadas. Ou seja, a racionalidade está situada tanto no mundo objetivo quanto também é

¹⁶ BAYNES, Kenneth. A virada transcendental: o “pragmatismo kantiano” de Habermas. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 236-238

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrascendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 38-39

¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 18-19

¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **O livro castanho**. Trad. Jorge Marques. Rio de Janeiro: Edições 70, 1992. p. 14

²⁰ MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica pré e pós giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007. p. 61

parte dele, sendo materializada quando os sujeitos pactuam discursivamente as ações que irão tomar.²¹

O processo de fundamentação racional decorre da linguagem, pois é dela que as cadeias de justificação e coerência são construídas e oferecerem a referência para tomadas de posições quanto à concordância ou discordância de algo. A verdade e o verdadeiro são elementos delimitados no nível linguístico da percepção do mundo pelos sujeitos e fazem parte das falas veiculadas, como forma de justificar aquilo que é dito.²² Trocando em miúdos, é necessário que cada agente compreenda como o outro irá agir para assim definir sua própria ação, o que somente é possível através da linguagem.

Como os sujeitos interagem linguisticamente para agir no mundo, a verdade é pautada pelas evidências disponíveis que permitem, no contexto da justificação, formular as pretensões de verdade e apoiá-las em uma rede de crenças. E essa relação ocorre justamente na linguagem pragmática, já que a interação linguística dos sujeitos trará consequências concretas a partir dos posicionamentos que forem assumidos e das ações que foram tomadas.²³

Com efeito, verifica-se o emprego dos jogos de linguagem de Wittgenstein, pois Habermas afirma que há a possibilidade da verdade pertencer ao jogo de linguagem da argumentação e à sua função perante a dimensão pragmática – ou como a verdade influencia na maneira que as pessoas coordenam seus planos de ação. Quando os falantes argumentam, estão proporcionando motivos válidos para compreensão e justificação do que dizem, o que possibilitará ao outro aceitar ou rejeitar o proferimento. É a argumentação que permite a distinção entre saber e opinião e que equilibra a certeza da ação com a sua justificação das intenções do falante.²⁴

A ideia de Habermas é tornar desnecessária uma discussão teórica do que vem a ser verdade e qual o seu princípio. Pela linguagem essa questão é satisfeita, de tal sorte que os agentes podem focar na sua conduta de ação a partir do mútuo convencimento argumentativo, pois “a semântica da verdade estabeleceu uma correlação interna entre o sentido e as

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 30-31

²² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 242-243

²³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 243-244

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 248-249

condições de validade das afirmações, e, com isso, preparou o caminho para concepções de uma racionalidade corporificada linguisticamente, ou melhor, comunicativamente”.²⁵

É possível afirmar, com relativa segurança, que a ruptura com a filosofia da consciência de Immanuel Kant, viabilizada pelo giro linguístico pragmático, conduz à inexistência de verdades absolutas. Essa cisão com a tradição racional kantiana é justificada, pois esta última “toma a racionalidade como projeção da consciência, com isso, aponta a razão centrada no sujeito que, no uso *a priori* da liberdade, afigura-se como fonte do conhecimento dos objetos por si percebidos”. Em outras palavras, o sujeito produz o conhecimento a partir de uma relação de apropriação com o seu objeto de conhecimento.²⁶

Nesse mesmo sentido:

No paradigma da filosofia da consciência, a verdade de um juízo é remetida à certeza do sujeito de que sua representação corresponde ao objeto. Após a virada pragmática, ao contrário, a verdade [...] deve ser comprovada ao mesmo tempo em sua relação com objeto e as razões que poderiam ser aceitas por uma comunidade de interpretação.²⁷

O que persiste são as projeções linguísticas elaboradas por um observador, que atribui determinado significado a um fenômeno qualquer e que deve colocar tais projeções à prova pela via dialógica com outros sujeitos. Ou seja, o significado que a pessoa atribui a algo no mundo deve ser colocado em discussão com os demais, pois todos compartilham e estão situados no mesmo mundo objetivo:

O entendimento mútuo não pode funcionar sem que os envolvidos se refiram a único mundo objetivo e estabilizem, com isso, o espaço público intersubjetivamente partilhado, do qual pode se descolar tudo de meramente subjetivo. A suposição de um mundo objetivo, independe de nossas descrições, preenche uma exigência funcional de nossos processos de cooperação e entendimento mútuo. Sem essa suposição, sairia dos eixos uma práxis que se apoia na distinção [...] platônica entre opinião e saber incondicional.²⁸

É por isto que a teoria de Habermas desloca os fundamentos da ação do agente como “fornecedor de uma lei para si mesmo” para a de um “fornecedor de razão”, fazendo-o a partir do “reconhecimento recíproco”, no qual a concordância e o cumprimento das ações humanas passa a depender do diálogo firmado entre os sujeitos. Ora, o agente deverá estar imerso nas

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 33

²⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 63-64

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: UNESP, 2015. p. 37

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 245

práticas sociais de fornecer razões, a partir de tomadas de posição entre “sim e não” quanto às declarações que lhe são postas.²⁹

Nesta senda, a verdade só encontra explicação quando os atores justificam suas enunciações a partir de uma situação comunicativa ideal e celebram um acordo argumentativo acerca de seu teor. É esta a distinção entre verdade e aceitabilidade racional, pois a primeira é fruto da troca de argumentos entre os sujeitos – comunicação argumentativa intersubjetiva –, ao passo que a segunda se dá na forma que o sujeito entende a plausibilidade do significado daquilo que lhe é dito – juízo valorativo de plausibilidade. Sintetizando, “é verdadeiro tudo aquilo que pode ser aceito em circunstâncias ideais.”³⁰

É através da justificação e do fornecimento de argumentos que os requisitos discursivos de validade são preenchidos, pois o proferimento será válido quando o ouvinte for capaz de concordar com o que é dito, a partir das justificativas argumentativas fornecidas pelo falante. E é a partir do preenchimento desse requisito de validade que os agentes – falante e ouvinte – agem no mundo e verificam a verdade do que é dito. Assim, a aceitabilidade racional, encarada como a capacidade de concordar ou discordar de algo a partir dos argumentos dados, forma a aparência da verdade.³¹

A operacionalização deste procedimento de cooperação discursiva é efetivada por meio do discurso argumentativo das pretensões de validade trazidas por cada um dos atores, as quais são confrontadas e defendidas. Sintetizando o que foi descrito, é pelo giro linguístico-pragmático que a verdade absoluta de Kant é substituída pela validade formada interpretativa e intersubjetivamente pela experiência discursiva dos atores racionais.³²

Daí nascem os pressupostos formais e performáticos do agir comunicativo, enquanto anteparo lógico que permite a ocorrência da realização de ações no mundo, a partir do intercâmbio discursivo entre os agentes. Assim, os requisitos para um uso público da razão são: a existência suposta de um mundo que independe dos objetos nele situados; a racionalidade reciprocamente considerada entre os agentes que estão situados naquele mundo e agem através de um meio linguístico em comum; a existência de bases argumentativas que

²⁹ BAYNES, Kenneth. A virada transcendental: o “pragmatismo kantiano” de Habermas. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 239-240

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 251

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 44-45

³² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 260-265

orientam as probabilidades interpretativas dos agentes por meio de juízos de validade e correção moral.³³

Resumindo o que foi discutido até aqui: a verdade existe somente através de uma razão compartilhada entre sujeitos, ou seja, intersubjetivamente. Não há meias verdades ou verdades inteiras, o que existe é a comunicação entre os agentes que determinam seu plano de ação em torno daquilo que lhes é dito e que interpretam, podendo concordar ou não, a depender dos argumentos e das justificativas que lhes forem dadas. Destaca-se que este juízo de validade intersubjetivo normativo nada mais é do que ouvir o argumento do outro, fazer um juízo de valor e decidir se agirá em concordância ao que lhe é posto ou se discordará do postulado e adotará outro rumo.

Satisfeita essa breve passagem na base epistêmica do pensamento habermasiano, que é feita sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, já que isto fugiria do objeto do presente estudo, cabe agora ingressar nos institutos específicos do agir comunicativo. Será dado destaque, nas próximas seções, ao conceito do mundo da vida, tendo em mira que é por meio deste artifício que as ações comunicativas e o intercâmbio linguístico entre os atores são possíveis.

2.3 O USO PÚBLICO DA RAZÃO E A RACIONALIDADE NA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

A inserção de Habermas como um dos pensadores da Teoria Crítica ocorre pela análise da violência sutil identificada pelo frankfurtiano, que está alheia às estruturas de classe e foge a alçada do domínio produtivo. Essas patologias se mostram encobertas pelos processos de reificação oriundos da expansão dos sistemas econômico e burocrático nas esferas pública e privada. Em outros dizeres, Habermas trata da penetração do dinheiro e do poder nas estruturas formadoras do mundo da vida, o que gera uma desnaturação nas relações comunicativas.³⁴ O mundo da vida, como será explicado mais adiante, é o pano de fundo das atividades comunicativas, fornecendo um repositório argumentativo que propicia o desenvolvimento do agir comunicativo, a partir da cultura, das relações sociais e da personalidade dos agentes.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 35

³⁴ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 163-164

Este processo é denominado por Habermas de colonização do mundo da vida, conquanto estrutura diferente dos sistemas e cuja lógica reprodutiva é baseada no entendimento mútuo dos atores sociais praticantes do agir comunicativo linguisticamente mediado. Neste talante, o esforço habermasiano está no sentido de indicar padrões normativos que permitam a emancipação da sociedade, produzindo uma crítica da própria realidade criticada.³⁵ Com outras palavras, Habermas pretende fornecer caminhos para afastar a colonização do mundo da vida, permitindo que as pessoas coordenem seus planos de ação a partir da ação comunicativa e não do poder e do dinheiro.

Portanto, é importante salientar que o conceito adotado por Habermas para abordar a reificação envolve muito mais o emprego do agir estratégico pelo sistema poder/dinheiro na contaminação do mundo da vida, como se verá adiante, do que necessariamente uma abordagem clássica. Esta última, baseada nas visões de Karl Marx ou em sua aproximação com a obra de Max Weber, conforme realizada por György Lukács, trata o processo de reificação social como algo inerente ao capitalismo e que é manifestado no caráter mercantil que recai sobre todas as relações sociais.³⁶

Com o preenchimento dos requisitos epistemológicos e tendo a noção preliminar descrita acima, será feita uma passagem pelo modelo reconstutivo empregado pelo frankfurtiano, de modo a esclarecer os objetivos do agir comunicativo enquanto componente da Teoria Crítica. Após isso, o estudo pretenderá abranger os elementos que compõe o mundo da vida e sua correlação com aquilo que é denominado, pelo frankfurtiano, por sistemas. Ao cabo deste tópico, será tratada a maneira que o agir comunicativo proporciona a integração social pelo viés discursivo e os caminhos para a emancipação pela via da racionalidade comunicativa.

2.3.1 O modelo reconstutivo na abordagem habermasiana

No transcurso do pensamento habermasiano, a reconstrução fornece a tônica evolutiva para a elaboração da teoria do agir comunicativo, pois o desenvolvimento teórico de Habermas perpassa pela maneira que a teoria é construída. A metódica reconstutiva envolve a maneira com a qual a Teoria Crítica deve lidar com as questões sociais inerentes à sua análise, abandonando as concepções unilaterais de um único instituto para conceitos mais

³⁵ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 164-165

³⁶ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 53-55

complexos, voltados para a sociedade e para a racionalidade. Assim, deve-se proceder com uma reconstrução da racionalidade comunicativa, fazendo-a ter um posicionamento histórico no presente, para que os padrões e estruturas que compõem a sociedade sejam reconstruídos nos termos da argumentação filosófica e da comprovação empírica.³⁷

A reconstrução ocorre em duas vias, com a primeira parte iniciando na reconstrução do saber intuitivo daqueles que participam das interações sociais, o qual deverá ser realizado na perspectiva do participante e deverá ser tornado explícito, de tal maneira que se transforme em um saber teórico dotado de pretensão de verdade e apto à testagem empírica. Para segunda etapa, fica a elaboração de teorias genéricas que expliquem a lógica interna e a dinâmica histórica dos padrões de racionalidade outrora identificados.³⁸

São esses aspectos que diferenciam a Teoria Crítica reconstrutiva das ciências empírico-analíticas, pois a postura de participante do cientista reconstrutivo permite acesso direto aos objetos em análise e a seu marco pré-teórico. Ainda, os dados a serem obtidos advêm da consciência das regras e não da mensuração de variáveis. Ademais, a linguagem teórica reconstrutiva não é uma metalinguagem do objeto, mas sim uma operação de mesmo nível linguístico, sem qualquer hierarquia conceitual. Por fim, não é possível falsear a relação de saber-objeto, de modo que eventuais falhas recairão sobre a própria reconstrução.³⁹

Considerando que o método reconstrutivo tem como objetivo produzir "um saber explicativo, não só hermenêutico, sobre a geração e a observância de sistemas de regras intersubjetivamente partilhadas"⁴⁰, a reconstrução não se projeta na reprodução do sentido simbólico dos objetos ou em uma mera recomposição conceitual. Na verdade, o reconstruir da Teoria Crítica analisa os processos sociais mais amplos, em suas acepções social e racional, com o objetivo de identificar potenciais emancipatórios para enfrentar os fatores coercitivos que estão inseridos nas sociedades capitalistas.⁴¹

A ideia de emancipação, nesse sentido, é vinculada à exigência de autonomia no procedimento discursivo, que toma como base a racionalidade comunicativa como

³⁷ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 178-180

³⁸ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 180

³⁹ NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. In: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papyrus, 2012. p. 27

⁴⁰ REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas**: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica. São Paulo: Singular, 2008. p. 135

⁴¹ NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. In: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papyrus, 2012. p. 18

fundamento das ações sociais e que figura como um potencial real de transformação, a partir do que é possível no presente. Trata-se da emancipação, portanto, como uma comunicação livre de qualquer elemento coercitivo, externo ou interno, interpessoal ou intrapsíquico, em relação aos falantes.⁴²

O modelo reconstrutivo tem importância no pensar de Habermas, consoante sua filia teórica:

[...] todos os conceitos da teoria da ação comunicativa [...] como pretensões de validade, mundo objetivo, social e subjetivo, procedimentos discursivos idealizadores etc., referem-se a estruturas que se desdobram e se diferenciam à medida que as visões míticas, religiosas e metafísicas do mundo foram perdendo sua força de unificar e amalgamar. Para análise de todos esses processos, é preciso [...] uma reconstrução suplementar da história das teorias filosóficas e sociais.⁴³

Sem embargo ao substrato da teórica crítica, Habermas ainda busca elementos da teoria tradicional, com ênfase nas ciências sociais, para elaborar sua proposta, fazendo com que o procedimento reconstrutivo se materialize pela “busca, no conhecimento disponível, dos elementos [...] estruturantes das duas classes de ciências reconstrutivas fundamentais para fundar os propósitos de uma teoria da racionalidade que seja sustentáculo de uma teoria da ação comunicativa.”⁴⁴ Isto significa que Habermas vai usar das ciências reconstrutivas em suas facetas horizontal e vertical, as quais, inclusive, podem ser combinadas na formação de um quadro teórico-conceitual do material empírico pesquisado.⁴⁵

A reconstrução horizontal envolve a lógica do conceito e é aplicada nos sistemas de regras antropológicamente fundamentais, os quais contemplam a lógica, a fala, a interação comunicativa, a ação instrumental, a aritmética e a medição. O objetivo da reconstrução horizontal é a formação de comunicações isentas de coerções. Já a reconstrução vertical está pautada pela lógica evolutiva aplicada aos sistemas de aprendizagem interna dos sistemas mencionados anteriormente, as quais são analisadas em condições empíricas para compreender a aquisição da linguagem e o desenvolvimento das forças produtivas dos sistemas morais.⁴⁶

⁴² REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação: método e política** em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 28-30

⁴³ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 180

⁴⁴ NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. In: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana**. Campinas: Papyrus, 2012. p. 26-28

⁴⁵ REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica**. São Paulo: Singular, 2008. p. 142

⁴⁶ REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica**. São Paulo: Singular, 2008. p. 138

Em síntese:

No nível “horizontal”, sincrônico, busca-se reconstruir as regras já operantes no contexto das sociedades contemporâneas, enquanto em um segundo nível “vertical”, diacrônico, busca-se reconstruir a lógica de desenvolvimento dessas regras à luz da história das sociedades, verificando até que ponto a dinâmica histórica concreta obstruiu ou promoveu o desenvolvimento do sistema de regras. Nesse aspecto a reconstrução vertical engloba uma distinção interna entre a lógica de desenvolvimento, que procura determinar as margens de variação de estruturas em um determinado processo de aprendizagem, e dinâmica de desenvolvimento, e que explicita como as modificações suscitadas no interior daquelas estruturas dão como respostas, segundo princípios próprios, a “desafios de desenvolvimento”, representados em geral por problemas na reprodução material da sociedade.⁴⁷

Habermas emprega a pragmática formal para reconstruir horizontalmente as condições que permitem o uso da linguagem como forma de entendimento mútuo entre os atores e o aparelho de regras comunicativas correlatas à questão. Por outro lado, o pensamento habermasiano também reconstrói verticalmente as variações estruturais dessas regras pela evolução social. O produto deste esforço reconstrutivo expõe as bases da racionalidade comunicativa, pelo emprego potencial da linguagem, no curso da história até chegar às sociedades contemporâneas, pautadas pelo capitalismo.⁴⁸

É deste aparato que Habermas consegue desenvolver sua reflexão acerca da dúplici racionalidade humana, que findará dividida entre razão instrumental e razão comunicativa, ambas complementares e essenciais para os processos de produção e reprodução social. Ainda que o pleno potencial comunicativo não seja desenvolvido, Habermas consegue tanto buscar um viés emancipatório para a realidade social pela via comunicativa, quanto analisar o conhecimento humano produzido e as situações sociais concretas.⁴⁹

Por isso que:

[a] racionalidade comunicativa não se reduz nem à dimensão epistemológica (racionalidade orientada ao saber) nem à dimensão teleologia (racionalidade orientada aos fins). Com ser assim, ela é irreduzível tanto ao conhecimento, enquanto expressão da verdade, bem como aos fins para os quais os sujeitos estão a mover-se no mundo [...] a mudança paradigmática de racionalidade que antes era radicada na consciência do sujeito e agora se ancora na linguagem justificou, ainda mais, em função da necessidade de se por uma profunda transformação no modo peculiar de conceber as relações entre as pessoas, antes submetidas ao sentido de dominação da natureza e das coisas do mundo para, agora, voltar-se a um projeto de reconstrução e de emancipação do cidadão e dos seus iguais⁵⁰

⁴⁷ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação: método e política** em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 58

⁴⁸ NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. **Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso.** In: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana.** Campinas: Papyrus, 2012. p. 26-28

⁴⁹ NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 57-58

⁵⁰ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas.** Curitiba: Juruá, 2013. p. 65

Portanto, a racionalidade comunicativa está sedimentada na linguagem e identifica um potencial nas estruturas sociais que está para além da mera reprodução funcionalista das estruturas de dominação – formas de dominação que são empregadas, estruturalmente, na sociedade capitalista – como a primeira geração de Frankfurt apregoa. De mais a mais, a metódica reconstrutiva não fica restrita às bases da teoria do agir comunicativo, pois também é aplicada em outras obras de Habermas.

Em *Facticidade e Validade*, por exemplo, a reconstrução é empregada para discutir uma relação complementar em direito e moral, a gênese discursiva para os direitos fundamentais e a relação entre política deliberativa, direito e a esfera pública⁵¹, elementos que serão debatidos em momento posterior deste capítulo. Lançadas essas considerações, o próximo passo está na formulação crítica da teoria do agir comunicativo pelas relações discursivas que ocorrem no mundo da vida e uma exploração do que a razão comunicativa traz como implicações.

2.3.2 O agir comunicativo e a racionalidade comunicativa a partir da linguagem

A racionalidade comunicativa está imbricada no uso da linguagem performática, compreendendo os tipos linguísticos contidos nas expressões de vontade, nos atos ilocucionários e nas perlocuções. Como adverte Habermas, o vínculo da racionalidade comunicativa é com o uso da linguagem e não com a própria linguagem per se. Por isso que a racionalidade comunicativa não se reduz à racionalidade epistemológica – que aborda o caráter auto-reflexivo do conhecimento a partir do conhecimento de fatos correspondes a juízes verdadeiros – ou a racionalidade teleológica – que desemboca na ação do agente para alcançar resultados sabendo o porquê do êxito obtido e existir vinculação entre o motivo que o anima para tal ato.⁵²

O emprego linguístico pelos falantes, quando orientado ao entendimento mútuo ou ao acordo, enseja a racionalidade própria do agir comunicativo. De outro orbe, se o emprego linguístico for orientado às consequências que beneficiam somente a um dos sujeitos, tem-se ocorrência do agir estratégico.⁵³ Daí o tratamento da linguagem como o *médium* da razão

⁵¹ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 227-230

⁵² HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 188-192

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 124-126

comunicativa, pois direciona os agentes ao exercício argumentativo e reflexivo, de tal maneira que terão condição de avaliar racionalmente o que lhe é dito, operando tanto no eixo da “justificação ulterior de desejos e ações” quanto na “maneira de vida das pessoas e na forma de vida de grupos” que “compõem de práticas e de uma teia de tradições, instituições, costumes e competências”.⁵⁴

Disto conclui-se que a linguagem, na condição de “força de abertura a-racional” produtora da “relação complementar com as operações racionais dos sujeitos no mundo”⁵⁵, e as produções discursivas formam a matriz do comportamento racional que se move no anteparo do mundo da vida⁵⁶ e se materializa quando há “um agente que se entende com alguém a respeito de algo”.⁵⁷

Para realização do entendimento mútuo, Habermas se apropria da teoria dos atos de fala desenvolvida por John Austin e aperfeiçoada por John Searle, utilizando-a como meio para consecução das interações comunicativas e em complemento aos jogos de linguagem.⁵⁸ A justificativa dada por Habermas no emprego dos teóricos mencionados está nas oportunidades de análise das forças ilocucionárias, o que conduz para a formação de uma teoria situada na pragmática universal e que possui pressupostos estritos, vindos da semântica da verdade.⁵⁹

Na ótica de John Austin, os atos de fala são divididos em três categorias: atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Os atos locucionários envolvem o simples emprego linguístico para expressar algo, ao passo que os atos ilocucionários trazem em si uma carga argumentativa que repercute na execução de uma ação concreta no mundo, enquanto os atos perlocucionários são aqueles que incluem os resultados concretos para além daquilo pretendido na fala ilocucionária.⁶⁰

De seu turno, John Searle considera o ato ilocucionário como a unidade mínima da comunicação, pois fornece o significado que interliga as expectativas do falante e suas

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 126-127

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 129

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 127

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 192

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 56

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 483-484

⁶⁰ AUSTIN, John Langhsaw. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p. 88-92

intenções. Os atos ilocucionários são aqueles realizados intencionalmente, ao passo que os perlocucionários independem de qualquer intenção do falante e ensejam uma resposta do ouvinte. Esses tipos linguísticos são utilizados para fins de comunicação, notadamente quando a fala é empregada no sentido de produzir um efeito no ouvinte, quando a fala é voltada ao entendimento ou quando a fala envolver a compreensão do que é dito.⁶¹

Ainda, de acordo com Searle, os atos de fala ilocucionários estão divididos entre: a) atos de fala assertivos, quando o proponente firma um compromisso; diretivos, que conduzem o ouvinte a fazer algo; b) atos de fala compromissivos, quando o ouvinte se compromete a fazer algo; c) atos de fala expressivos, quando o proponente expressa emoções e sentimentos; d) atos de fala declarativo, quando se declara a existência de uma situação fática, podendo ser declarativo-assertivo se o reconhecimento for realizado por um locutor que tenha autoridade específica para aquela finalidade.⁶²

Habermas considera que Searle avança bastante no estudo dos atos de fala, quando comparado a Austin, pois foi capaz de superar as restrições da teoria semântica tradicional ao reconhecer que a linguagem é uma dimensão essencial do significado. Além disso, Searle sustenta que uma comunicação bem sucedida depende de um complexo de pré-condições que são compartilhadas em um pano de fundo, o que resulta na classificação específica dos atos de fala acima descrita. Por esses motivos, Habermas emprega o conceito de ato de fala como base no desenvolvimento da pragmática universal.⁶³

Pela análise de Habermas:

Searle dá esse passo em direção a uma tipologia teoricamente motivada para as ações de fala; ele o faz quando caracteriza ontologicamente as intenções e atitudes proposicionais ilocucionárias que um falante persegue ou assume ao executar atos de fala constatativos, diretivos, comissivos, declarativos e expressivos. Para tanto, ele se serve do conhecido modelo que define o mundo como totalidade do estado de coisas existentes, que aborda o falante/ouvinte como uma instância exterior a esse mundo e admite exatamente duas relações mediadas pela linguagem entre ator e mundo; a relação cognitiva de constatação dos fatos e a relação intervencionista da concretização de um propósito de ação.⁶⁴

Cumprido salientar que a adoção da abordagem de Searle é parcial, pois Habermas promove alguns reparos na classificação searleana, de tal sorte que se torna possível chegar a

⁶¹ SEARLE, John Rogers. **Mente, linguagem e sociedade**: filosofia no mundo real. Trad. F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 127-134

⁶² SEARLE, John Rogers. **Mente, linguagem e sociedade**: filosofia no mundo real. Trad. F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 135-140

⁶³ STAHL, Titus. John Searle. *In*: ALLEN, Amy; MENDIETA, Eduardo. (Orgs.). **The Cambridge Habermas Lexicon**. Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 683

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 557

uma concepção intersubjetiva de validade. Desta maneira, Habermas afasta o elemento puramente intencional dos atos de fala e a verdade como a única dimensão de validade, substituindo esses dois itens por três dimensões distintas, que correspondem às pretensões de verdade; e de autenticidade, sinceridade ou de veracidade subjetiva; e de retidão ou correção normativa.⁶⁵ Essas pretensões estão relacionadas, respectivamente “ao objeto em discussão, à sinceridade dos interlocutores e à possibilidade de se chegar a um consenso quanto à validade e aplicabilidade de normas gerais envolvidas no debate”.⁶⁶

Neste ponto, Habermas vê a teoria de Searle como problemática, pois a ênfase unilateral nas relações instrumental e cognitiva do mundo se fecha para outras formas de vinculação com o próprio mundo objetivo e às funções da linguagem. Daí sustentar que a teoria dos atos de fala deve ser conectada com a teoria das funções linguística de Karl Bühler, permitindo que as condições de validade ocorram não só no nível semântico, mas também no nível pragmático. Isto permite a Habermas afirmar que o falante, ao realizar um ato de fala, realiza uma coordenação do poder que deriva da base racional daquilo que o falante faz até se estender para além dos limites da verdade proposicional. E nesse ato de fala estão incluídas as dimensões de verdade prática, verdade moral e verdade expressiva, entrando em uma relação obrigacional com o ouvinte. Por esse motivo Habermas reconhece a teoria dos atos de fala como um fator decisivo em seu pensamento.⁶⁷

De acordo com Habermas:

Se reconduzíssemos o conceito de pretensão de validade a esse quadro [intencionalista], ele perderia o seu aspecto mais interessante. As condições de verdade e de preenchimento são um conceito semântico que encontra correlatos mentalistas. Ora, só é possível defender um acesso privado – pré-linguístico ou monológico – às condições de validade pagando o preço de uma teoria da verdade como correspondência, que eu considero insustentável. Por isso eu sugiro que consideremos as condições de validade, não de forma isolada, mas no contexto pragmático, onde pretensões de validade se junto a razões potenciais para o resgate de tais pretensões. Pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo, são os trilhos pelos quais uma ação de fala pode atingir o alvo ilocucionário do falante.⁶⁸

Portanto, Habermas reconstrói a categoria de atos de fala de Searle, substituindo as quatro espécies de atos de fala – assertivos, comissivos, expressivos e declarativos – por seis

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 557-561

⁶⁶ BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito**: da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 33

⁶⁷ COOKE, Maeve. **Language and reason**: a study of Habermas's pragmatics. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1997. p. 56-58

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 148

diferentes categorias, englobando os atos de fala imperativos, os atos de fala constataativos, os atos de fala reguladores, os atos de fala expressivos, os atos de fala comunicativos e os atos operativos.⁶⁹ O conceito e significado de cada uma dessas categorias será explicado nas próximas páginas, quando do tratamento das modalidades de agir comunicativo forte e fraco.

Habermas esclarece que:

As dificuldades da tentativa de classificação empreendida por Searle podem ser evitadas, em benefício da manutenção de seu ponto de vista teórico bastante frutífero; para tanto, cabe tomar como ponto de partida que os fins ilocucionários das ações de fala sejam alcançados por meio do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de poder e de pretensões de validade; cabe também tratar da retidão normativa e a veracidade subjetiva como pretensões de validade análogas à verdade e, da mesma forma, interpretar estas últimas como base nas relações ator-mundo.⁷⁰

Com efeito, Habermas faz uso dos atos de fala ilocucionário como ponto de partida para o processo comunicativo, a partir dos quais o agente-falante lança ao agente-ouvinte o que pretende concretizar. Assim é permitido que o segundo realize a interpretação do que é proferido e determine seu curso de ação, nos termos do fim ilocucionário, que é visto como aquilo que o falante tem como interesse de realizar com aquele ato de fala. Esse processo interpretativo é cooperativo, na medida em que o ouvinte goza de total liberdade para avaliar o que é dito, nos termos das seguintes etapas: a) compreensão do significado; b) reconhecimento do que é dito e verdadeiro; c) conclusão sobre como a finalidade pretendida pelo falante pode ser alcançada.⁷¹

Nesses termos, os atos de fala ilocucionários devem cumprir as seguintes finalidades:

[estar] (a) a serviço da produção e inovação de relações interpessoais, e o falante faz então referência a algo no mundo das ordenações legítimas; (b) a serviço da representação ou da pressuposição de estados e eventos, e o falante faz referência a algo no mundo de estados de coisas; e (c) a serviço da manifestação de vivências, ou seja, da autorrepresentação, e o falante faz referência a algo no mundo subjetivo ao qual tem acesso privilegiado.⁷²

Na mediação procedimental verifica-se a ocorrência de jogos de linguagem normativos, nos quais há um intercâmbio argumentativo entre falante e ouvinte sobre as condições necessárias para o êxito ilocucionário. Isto acarreta a faceta do mundo social como

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 560-562

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 561-562

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 67-69

⁷² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 533

o total das relações intersubjetivas que vai buscar referência na linguagem.⁷³ Afinal, da mesma maneira que os atos de fala ilocucionários veiculam sentenças assertivas e que se submetem ao juízo de validade, existem também os atos de fala regulativos, cuja finalidade diretiva e estrutura de aceitação estão apoiadas nos complexos de costumes que são compartilhados entre os sujeitos.⁷⁴ Tais atos são manifestados “como promessas, declarações e ordens” que estão vinculadas a uma pretensão de validade na qual o destinatário do proferimento “se sente autorizado ou obrigado a determinada ação”.⁷⁵

Como apurado por Habermas, os fins ilocucionários estão ligados ao próprio significado do que é dito e se esgotam na compreensão do ouvinte sobre o conteúdo do postulado. Tem-se ainda a finalidade perlocucionária que vai estar vinculada, conforme a refutação de Habermas sobre a divisão de Austin, na intenção do agente e no contexto a partir do qual os proferimentos são efetivados. Em outros dizeres, os fins ilocucionários são a parte interna do ato de fala, enquanto os fins perlocucionários são a faceta externa.⁷⁶

A consolidação das relações dialógicas é dada pela existência de normas morais, as quais são validadas pelo consentimento de todos os sujeitos linguisticamente capazes e cuja condução é feita pelo processo de aprendizagem moral que rege as práticas argumentativas. Ora, os diversos pontos de vista dos atores que vivem em sociedade e se comunicam têm sua racionalidade discursiva vinculada ao permitirem a vinculação discursiva e equitativa de todos os diretamente envolvidos na questão.⁷⁷ É nessa cooperação argumentativa que os jogos de linguagem consagram a vitória do melhor argumento, pelo caminho do mútuo convencimento. Esse núcleo argumentativo é reforçado por Habermas:

Ao mesmo tempo que prosseguem o agir cotidiano comunicativo, se orientam, do nível reflexivo das exigências de validez tematizadas, para como diante do objetivo do entendimento, porque um proponente só pode ganhar o jogo quando convence seus oponentes da correção de suas exigências de validez. A aceitabilidade racional das expressões correspondentes se fundamenta na capacidade de convencimento dos melhores argumentos.⁷⁸

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 60-61

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 61-62

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 116-117

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 502-505

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 63-65

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 66

Compulsando o que foi tratado até aqui, o uso da linguagem autorreferencial – interpretativo – e performático – para concretizar algo no mundo – dos atos de fala é o ponto de partida dos processos de interpretação e argumentação, através dos quais os agentes que pretendem se entender sobre algo no mundo regem suas ações. Este processo argumentativo está vinculado a uma correção moral das normas que regem as relações discursivas e os métodos de comunicação, ensejando que toda fala e todo proferimento podem ser aceitos racionalmente se justificados dentro de condições especiais.⁷⁹

Assim, o consenso a ser alcançado argumentativamente pelos atores sociais é uma decorrência da própria linguagem. Não se trata, pois, de uma meta a ser cumprida intersubjetivamente, mas sim de uma possibilidade que se faz presente linguisticamente e que deve ser assumida por aqueles que pretendem efetivamente se comunicar. Em sua essência, “os processos discursivos não são uma disputa entre debatedores, mas sim um diálogo no qual argumentos de cada interlocutor são levados em igual consideração por todos.”⁸⁰

Nessa toada, o que irá consubstanciar o agir comunicativo e diferenciá-lo do agir estratégico é o emprego linguístico. Quando os agentes fazem uso da racionalidade comunicativa e efetivamente lançam esforços, pelos atos ilocutórios, para entender-se sobre algo, ocorrerá o agir comunicativo, do contrário, tem-se o agir estratégico o qual se valerá dos efeitos perlocutórios da linguagem, por ser voltado ao êxito do agente.⁸¹

O agir comunicativo nascerá de uma releitura da teoria da ação social de Max Weber a partir da inserção linguística. Na ótica habermasiana, ação e comunicação não são iguais, de modo que o tipo de agir empregado irá variar conforme o mecanismo de coordenação linguística. O agir comunicativo emprega o acordo subjetivo entre agentes e o juízo de validade intersubjetivo, ao passo que o agir estratégico é de raiz teleológica e visa o próprio sucesso de quem o pratica.⁸²

A partir desse ponto, Habermas identifica e classifica os tipos de ação conforme sua situação e orientação. As ações não sociais são orientadas pelo êxito e formam o agir instrumental, cuja avaliação se dá pela presença de regras técnicas. Já as ações sociais que estão direcionadas ao sucesso desenham o agir estratégico e aquelas orientadas pelo

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 70

⁸⁰ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 27-29

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 507-508

⁸² ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 38-39

entendimento corporificam o agir comunicativo.⁸³ Verticalizando a questão classificatória, duas espécies de agir comunicativo e de agir estratégico são visíveis na teoria habermasiana.

O agir comunicativo será dividido em forte e fraco, a depender do grau de concordância obtido pelos agentes a partir da liberdade comunicativa. Na modalidade fraca, os agentes não vinculam suas vontades, ficando restritas as pretensões de verdade e sinceridade⁸⁴, que são levantadas pelo falante e que podem ser aceitas ou não pelo ouvinte, daí que a concordância é mediada pela racionalidade teleológica e acontece pelos mesmos motivos dados por quem o profere e não por razões do destinatário⁸⁵. Há, de certa medida, um voto de confiança do ouvinte naquilo que é dito pelo falante.

Habermas declara que essa união dos participantes do discurso em torno da validade do que é dito é denominada de entendimento mútuo e se dá pela certeza de que o falante tem daquilo que está dizendo⁸⁶, de modo que o ouvinte terá um limite na sua concordância, reduzindo a comunicação a uma simples compreensão do que é dito, sem duvidar da viabilidade ou seriedade do que é posto.⁸⁷ Em síntese: “o entendimento mútuo encerra em sucesso ilocutório superficial, no qual o ouvinte aceita a intenção dentro de razões que são boas para ele, sem, contudo, permitir que a proposta se sobreponha as suas próprias preferências.”⁸⁸

De outro pórtico, o agir comunicativo forte dá-se com a vinculação das vontades dos atores em torno do que é dito, que se torna criticável por qualquer pretensão de validade, independentemente de ter sido apresentada de forma explícita ou não. Daí a autonomia dos atores quando forem promover a sua união de vontades,⁸⁹ pois as razões de aceitação serão deslocadas à argumentação – ou seja, testadas argumentativamente – em torno das pretensões de validade.⁹⁰

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 495-496

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 205

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 114

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 221-222

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 206

⁸⁸ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 33

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 205-206

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 113

Para viabilizar a ação comunicativa, são empregados atos de fala específicos. No agir comunicativo fraco, são utilizadas expressões de vontade ausentes de contextos normativos, como atos de fala imperativos, e as perlocuções⁹¹. Esses elementos proporcionam o entendimento por vias indiretas, nas quais eventuais elementos do agir estratégico podem ser colocados a serviço da comunicação.⁹² Para firmar a concordância no agir comunicativo forte, são aplicados, livremente, três espécies de atos ilocucionários orientados ao entendimento: a) os atos constativos, que almejam representar estados de coisas e se vinculam à pretensão de verdade; b) os atos regulativos, cuja função é criar as relações interpessoais com suporte no mundo social e corporificado na pretensão de correção; c) os atos expressivos, cujo cerne é autorrepresentação do sujeito, a partir de seu mundo subjetivo e que aduz à pretensão de veracidade.⁹³

Considerando o percurso que o agir comunicativo forte pode assumir, os atos de fala constativos são criticados no prisma da verdade, em especial nas controvérsias que giram em torno da verdade dos enunciados proferidos. As ações reguladas por normas podem ter sua validade posta em xeque pela prova discursiva de possíveis distúrbios na regulação linguística. Já os atos expressivos corrigem argumentativamente o autoengano na ótica da veracidade, considerando a subjetividade do ator na interpretação dos desejos e sentimentos.⁹⁴

De seu turno, no agir estratégico, a linguagem é orientada às consequências pretendidas pelo agente, relegando todo o potencial comunicativo.⁹⁵ Assim, os atores agem ardilosamente, ao pensar apenas no próprio sucesso, empregando elementos externos ao discurso para concretizar seus objetivos. Com isso, o ouvinte se transforma em um oponente a ser derrotado para materializar uma situação de ganho pessoal para o falante, daí o falante empregará artimanhas como armas para influenciar o adversário.⁹⁶

A ação estratégica pode dar-se abertamente ou veladamente, porquanto pode ocorrer o emprego de subterfúgios para prejudicar a aceitação ou interpretação do ouvinte, que, de sua vez, continua acreditando estar em um contexto de agir comunicativo. Quando existe o

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 213

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 571

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 564-566

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 575-576

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 118

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 164-165

engano, este pode ser consciente, pela manipulação psíquica, ou inconsciente, pelo uso da comunicação sistematicamente deturpada, quadro patológico no qual as ações orientadas pelo êxito e as ações orientadas pelo entendimento se confundem.⁹⁷

O agir comunicativo dependerá de uma situação ideal de fala para ser operacionalizado, o que imprime aos falantes uma série de requisitos a serem cumpridos no âmbito do discurso e que filam suas condutas. Serão impostos os quatro pressupostos para as comunicações, no afã de estabelecer regras aos processos argumentativos para uma correta ponderação: a) todos os falantes que podem trazer contribuições relevantes para o debate devem ser incluídos; b) todos os agentes têm chances idênticas e oportunidade de se expressar, possuindo direitos comunicativos iguais; c) os participantes devem estar abertos aos postulados veiculados, de modo a evitar enganos; d) a comunicação veiculada deverá ser livre de coerções, restrições e demais elementos externos, possibilitando que o procedimento argumentativo ceda à vitória do melhor argumento.⁹⁸

Sobre esses pressupostos, Habermas explica:

Estes pressupostos da argumentação contêm frequentemente idealizações tão fortes que levantam a suspeita de uma descrição tendenciosa de si. Sobretudo, como deve ser possível que os participantes da argumentação partam performativamente de pressupostos cuja natureza contrafática teria que ser conhecida deles? Estes não se esquecem, enquanto participam do discurso, como uma advertência, de que o círculo dos participantes é articulado de formas altamente seletiva, de que um lado em seu espaço de jogo comunicativo é privilegiado em relação aos outros lados, de que um ou outro neste ou naquele tema permanece parcial nos juízos, de que muitos agem estrategicamente por oportunismo ou de que as tomadas de posição de sim ou não são frequentemente determinadas por outros motivos que pelos melhores juízos. Certamente, um analista não-participante do discurso poderia compreender tais divergências a uma “situação de fala” suposta como aproximadamente “ideal” mais precisamente que o próprio participante engajado. Entretanto, também os participantes, sem eu engajamento, não se deixam assim consumir completamente, pelo fato de que para eles também na posição performativa – muito menos intuitivamente – muito daquilo do qual, em uma posição objetivadora, poderiam ter um conhecimento temático, não permanece atual. Por outro lado, aqueles pressupostos inevitáveis, como sempre também contrafáticos, da prática da argumentação não são de modo algum apenas construtos, porém (são) operativamente importantes na conduta do próprio participante da argumentação. Quem participa seriamente de uma argumentação procede realmente a partir destes pressupostos. Isto pode ser observado pelas consequências que os participantes tiram necessariamente das inconsistências percebidas.⁹⁹

Em outros dizeres, a situação de fala é um elemento necessário para o desenvolvimento do procedimento argumentativo, tão caro e necessário para consecução do

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 572-574

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 67

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 67-68

agir comunicativo, já que haverá um intercâmbio de argumentos quanto às pretensões deduzidas pelos agentes em torno da coordenação de suas ações. Ademais, esses elementos se mostram substancialmente importantes quando projetados para a realidade social, pois,

[...] embora mínimos e meramente formais ou procedimentais, esses pressupostos se encontram na própria estrutura da linguagem cotidiana, podendo ser depurados nos debates especializados, como os parlamentares (mas também da mesma forma em argumentações teórico-científicas e crítico-estéticas), pois em toda interação simbólica, levantam-se inevitáveis pretensões de validade. As motivações de Habermas são claras: deve-se pretender a validade constante e incondicional ao ideal democrático na sociedade contemporânea, – este que, para ele, é até mesmo co-dependente de uma filosofia pós-metafísica –, no intuito de bloquear permanentemente os relativismos e totalitarismos que podem levar ao irracionalismo e à barbárie, como se constatou no fenômeno mais exorcizado pelo pensamento iluminista: o holocausto.¹⁰⁰

Com suporte dos elementos acima, a etapa subsequente na presente empreitada teórica é a compreensão do mundo da vida, no âmbito das relações discursivas que ocorrem baseadas no agir comunicativo, já que se trata de um elemento essencial para a teoria de Habermas.

2.3.3 O mundo da vida e as relações discursivas

O processo de cooperação social pretendido na teoria do agir comunicativo requer uma estrutura que forneça subsídio ao procedimento argumentativo. Todas as manifestações dos sujeitos devem estar amparadas em argumentos de validade, de modo que podem justificar racionalmente a concordância ou discordância com o postulado. Daí ser necessário o recurso ao mundo da vida, que promove a confluência de todas as visões mundanas possíveis na comunicação.

Se considerada por si só, a ação comunicativa estaria fadada ao fracasso, já que requer um suporte adicional para sua efetivação. Afinal, Habermas identifica na prática comunicativa a necessidade de opor fundamentações e as colhe do saber de fundo contido no mundo da vida introduzindo-o na perspectiva do participante da comunicação.¹⁰¹ Assim, o mundo da vida representa o grau zero da atividade comunicativa, operando de maneira complementar à ação comunicativa ao trazer uma conjuntura linguística para os

¹⁰⁰ BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito**: da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 34-35

¹⁰¹ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61

proponentes.¹⁰² Ou, como diz o frankfurtiano, o “mundo da vida nutre-se das contribuições da ação comunicativa, enquanto esta, por sua vez, depende dos recursos do mundo da vida”¹⁰³.

Por isso que

o mundo da vida termina sendo fonte – e foz – da comunicação, tecendo o pano de fundo que contextualiza as ações comunicativas. Nele toda a fenomenologia cultural e histórica está depositada, trata-se do plano objetivo que produz as relações interpessoais e de onde são extraídas as interpretações dialógicas¹⁰⁴

O mundo da vida é vivenciado pelos agentes em duas vias, uma “por detrás”, na qual o agente se apoia, e outra “frontal”, quando surge um conflito argumentativo a ser resolvido. Por isto, o mundo da vida tanto é “tópico”, pois suas particularidades podem ser problematizadas ou negociadas, quanto um “recurso” que está à disposição dos agentes orientandos ao consenso, fornecendo argumentos para a coordenação dos planos de ação.¹⁰⁵

A leitura do mundo da vida habermasiano nasce de uma reconstrução da fenomenologia de Edmund Husserl e das análises formais não sistemáticas de Wittgenstein.¹⁰⁶ Originalmente concebido por Husserl como uma forma de recuperar a percepção objetiva das ciências naturais¹⁰⁷, o mundo da vida é projetado por Habermas como um horizonte no qual as relações dialógicas se movem conforme os cenários linguísticos e as tematizações realizadas. Dessa maneira, cada falante encontra um “reservatório de autoevidências e convicções” no mundo da vida.¹⁰⁸

Habermas afirma que o conjunto de referências do mundo da vida pode ser entendido como “conjuntos significativos que se estabelecem entre uma dada manifestação comunicativa, [n]o contexto imediato e [n]o seu horizonte de significado conotativo” e que “derivam de relações entre elementos de um estoque de saber organizado de modo linguístico e regulado gramaticalmente”¹⁰⁹. Nesta toada, a orientação dos agentes se desloca entre o

¹⁰² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 39

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 475

¹⁰⁴ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 43

¹⁰⁵ BAYNES, Kenneth. A virada transcendental: o “pragmatismo kantiano” de Habermas. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 249-250

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 218-219

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 129-130

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 226-227

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 228

mundo da vida e a intersubjetividade de seus universos pessoais, percurso este que é mediado linguisticamente pelas práticas linguísticas socializadas.¹¹⁰

O elo entre mundo da vida e agir comunicativo é construído na medida em que a malha de consensos vai sendo costurada e os participantes do discurso coordenam suas ações por meio da cultura, da sociedade e da pessoa, elementos que se mostram em um grande conjunto de gerações¹¹¹:

Sob o aspecto funcional do entendimento, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da coordenação da ação, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade; , sob o aspecto da socialização, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais. [...] A esses processos [...] correspondem, enquanto componentes estruturais do mundo da vida, a cultura, a sociedade e a pessoa.¹¹²

Dito isso, a cultura é o repositório de saberes humanos que permite a construção de interpretações, a sociedade é materializada pelo aparato de regras legítimas que coordenam a cooperação nos grupos sociais e a personalidade, atinente à pessoa, trata das competências de fala e ação. Em paralelo a essa armação, os conteúdos simbólicos, o espaço social e o tempo histórico formam a dimensão na qual irá ocorrer o agir comunicativo e que possibilita a reprodução dos elementos estruturantes do mundo da vida.¹¹³

Ademais, na ótica da integração e da ordem social, é o mundo da vida que enseja os processos de formação e reprodução do tecido social, sendo a fiança dada aos consensos que estão porvir. O mundo da vida não é um mero ambiente de auto afirmação, nem faz parte de um sistema entre sociedade e indivíduo e nem é um componente que abriga os indivíduos. Na verdade, o mundo da vida é uma verdadeira rede para afirmação do sujeito em sua racionalidade comunicativa.¹¹⁴

De outro conspecto, a reprodução material dos elementos estruturantes do mundo da vida pela rede comunicativa ocorre pela via da cultura, pois os saberes culturais são atualizados e postos em um teste interpretativo pelos agentes em meio à ação comunicativa.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 99

¹¹² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 252

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 252-253

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 97-100

Isto finda acarretando novos processos de socialização e de integração social e permitindo aos falantes reproduzir sua identidade.¹¹⁵

O procedimento reprodutivo pode ser mensurado racionalmente através do grau de aceitabilidade dos valores culturais reproduzidos e pelo nível de solidariedade social advinda do processo de integração social. Isto legitima as instituições existentes e os padrões comportamentais, bem como reforça o grau de pertença social do sujeito.¹¹⁶

Em suma, o processo de reprodução cultural fornece o saber válido para a cultura – seja pela tradição, crítica ou aquisição do saber –, legitima a sociedade e fornece os padrões de comportamento e reprodução do saber formativo para a personalidade. Já a integração cultural sinaliza obrigações para a cultura dentro de um núcleo de orientações e valores, autentica as relações interpessoais reguladas por meio do reconhecimento das pretensões de validade intersubjetivas e reforça o nível de pertença social pela reprodução de padrões. Por último, os processos de socialização promovem a interpretação e modificação da cultura, a motivação para as ações sociais conforme a internalização de valores e a capacitação da personalidade na formação da identidade pessoal.¹¹⁷

Daí a afirmação de Habermas de que a reprodução do mundo da vida compreende um processo cíclico, no qual os núcleos estruturantes se tornam possíveis pela via da ação comunicativa. Assim, as novas situações apresentadas pelos sujeitos são enlaçadas às condições existentes do mundo no prisma semântico, social e histórico, reputando o saber válido como aquele formado do consenso que advém das interações intersubjetivas.¹¹⁸ Com efeito:

Apesar do evidente caráter cíclico, o mundo da vida não fica engessado, afinal, é possível a revisão das interpretações que nele estão depositadas. A história é fluida no espaço temporal e constrói o substrato fático dos intérpretes. Pela mediação da linguagem, as releituras se tornam possíveis no plano intersubjetivo, em que o entendimento sobre as novas impressões adentra o mundo da vida, lhe renovando o conteúdo.¹¹⁹

Na sua essência, o mundo da vida é uma teia comunicativa que submete todos os membros da sociedade às tradições comuns, fazendo-o com suporte na autonomia dos agentes

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 254-255

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 257-258

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 259-261

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 476-477

¹¹⁹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 43

na apreciação das pretensões de validade; na independência da cultura, em especial as pressões externas; e na transparência da comunicação e sua universalidade hermenêutica.¹²⁰ Longe da perfeição, o mundo da vida pode acarretar coordenações fracassadas, que findam no abandono do agir comunicativo e apelo ao agir estratégico¹²¹, até mesmo porque o processo de reprodução de seus componentes não está livre de conflitos, podendo acarretar patologias sociais, como exemplo a perda de sentido, os estados anônimos e as psicopatologias.¹²² Ao palmilhar a integração da sociedade, Habermas promove distinções entre a maneira que o agir comunicativo se comporta e aquilo que irá denominar de sistema, temática a ser explorada no próximo subtópico.

2.2.4 A relação entre mundo da vida e sistemas

Habermas opta pela consecução da integração social pela via da razão comunicativa, de sorte que a sociedade é construída como mundo da vida. Esta alternativa teórica destoa da compreensão sistêmica, para a qual a sociedade é representada como um sistema autorregulado.¹²³ Trata-se de uma crítica à evolução social com base na tese tecnocrática, feita agora em um nível maior de refinamento reflexivo¹²⁴, com o emprego dos sistemas como mecanismo para delinear as patologias da sociedade moderna.¹²⁵

Não obstante, a análise pretendida pelo frankfurtiano é feita com observância da evolução social, dado que as condições objetivas para ocorrência do mundo da vida são identificadas no curso do desenvolvimento evolutivo da própria sociedade e encontram explicação somente fora da teoria dos sistemas.¹²⁶ A justificativa dada por Habermas é a seguinte:

Eu entendo a evolução social como um processo de diferenciação de segunda ordem, porque o mundo da vida e o sistema se diferenciam não somente à proporção que a

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 270-271

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 269

¹²² HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 482

¹²³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 273

¹²⁴ HONNETH, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a critical social theory. Trad. Kenneth Baynes. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 292-293

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. A reply. In: HONNETH, Axel; JOAS, Hans. (Orgs.). **Communicative action**: essays on Jürgen Habermas's the theory of communicative action. Trad. Jeremy Gaines e Doris Louise Jones. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 251

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 277

racionalidade de um e a complexidade do outro crescem, mas também à medida que um se diferencia do outro. [...] À luz do sistema, é possível caracterizar tais níveis [evolutivos da sociedade] utilizando novos mecanismos sistêmicos e níveis de complexidade correspondentes. E nesse nível de análise tem início o processo de desengate entre sistema e mundo da vida, de tal modo que o mundo da vida inicialmente coextensivo a um sistema social pouco diferenciado é rebaixado gradativamente ao nível de um subsistema, ao lado de outro sistema. Nesse ponto, os mecanismos sistêmicos se desprendem cada vez mais das estruturas sociais mediante as quais se realiza a integração social.¹²⁷

É a partir desta perspectiva que Habermas irá apartar o mundo da vida dos sistemas, tendo em mira que ambas as vias são originadas por marcos teóricos distintos: a integração social está interligada, como dito antes, com o mundo da vida e com os atos de fala e permite a integração social por dar substrato para as estruturas normativas, como valores e instituições sociais; ao passo que a integração sistêmica envolve a performance diretiva de um sistema autorregulado.¹²⁸

O mundo da vida entrega o substrato para que sejam tematizadas as estruturas normativas responsáveis pela manutenção dos padrões estruturais integrativos da sociedade, como os valores e as instituições sociais, enquanto os componentes não normativos servem de condição limítrofe. Por sua vez, os sistemas abordam a questão sob a perspectiva da capacidade diretiva que a sociedade possui frente ao grau de contingência, analisando eventos e estados a partir de suas funções de adaptação e realização de objetivos.¹²⁹

Seguindo a comparação, o mundo da vida é o horizonte compartilhado intersubjetivamente, no qual estão inseridos os processos comunicativos e que é fruto da cristalização das convicções estabelecidas pelas gerações anteriores, ou ainda, um produto histórico para estabilização discursiva. Isto garante um canal para o conhecimento diuturno seja enfeixado junto ao fluxo de comunicações sociais, sem que haja qualquer interrupção.¹³⁰ De outro lado, o conceito de Habermas utilizado para descrever os sistemas fica restrito à figura da economia e do poder administrativo, enquanto os demais elementos do mundo da vida estão vinculados ao poder comunicativo. Desta divisa, Habermas discute o processo de colonização do mundo da vida pelos sistemas e suas consequências destrutivas¹³¹,

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 277-278

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 4

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 4-5

¹³⁰ HONNETH, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a critical social theory. Trad. Kenneth Baynes. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 288

¹³¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 74-75

considerando que não basta para a perpetuação da sociedade a simples reprodução simbólica do mundo da vida, sendo também necessária a reprodução material¹³².

Cumpre, em um momento inicial, abordar a leitura sistêmica desenvolvida por Habermas para então tratar da relação dos sistemas com o mundo da vida. De acordo com o frankfurtiano, nas sociedades diferenciadas, o subsistema político assume uma posição de controle entre os subsistemas sociocultural e econômico. Em sua estrutura normativa, o subsistema político compreende as instituições que formam o Estado, já o subsistema sociocultural tem na estrutura normativa as formas de vida e o subsistema econômico encontra suas estruturas normativas nas relações de produção.¹³³

A relação entre os subsistemas opera da seguinte maneira: o subsistema econômico fornece os tributos para custear o Estado, a partir dos ganhos que advêm das atividades produtivas e recebe orientações diretas do subsistema político administrativo. Já o subsistema sociocultural recebe as políticas públicas do Estado e oferece ao subsistema político a lealdade das massas.¹³⁴

Ademais, os sistemas sociais seguem três postulados universais: as trocas entre os sistemas sociais e seu ambiente têm lugar na produção e na socialização, como formas de apropriação das naturezas externa e interna, respectivamente, por intermédio de normas que precisam de justificação discursiva; as mudanças nos valores sociais objetivados pelo sistema é uma função do estado de forças produtivas e dos graus de autonomia sistêmica, conquanto a variação desses valores será limitada pela lógica de desenvolvimento da visão de mundo, sob a qual os imperativos de integração sistêmica não possuem influência; e, por fim, o nível de desenvolvimento da sociedade é determinado pela institucionalização possibilitada pela capacidade de aprendizagem, em particular pela diferenciação de questões teóricas, técnicas e práticas e pela ocorrência dos procedimentos de aprendizagem discursiva.¹³⁵

Afinal, nos processos de adaptação social, os sistemas alteram seu entorno a partir das forças produtivas e do conhecimento técnico, expandindo suas fronteiras na natureza externa, ampliando os muros da natureza interna, com suporte dos processos de socialização e das normas de conduta justificáveis.¹³⁶ A extensão da autonomia sistêmica dependerá exclusivamente do desenvolvimento das duas variáveis mencionadas, devendo ser realizado a partir de padrões racionais independentes, a exemplo do conhecimento secular e da tecnologia

¹³² REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66

¹³³ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 6

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 5

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 8

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 9-10

que ensejam a conquista da natureza externa e a crescente autonomia e desenvolvimento cognitivo que impregnam a expansão da natureza interna.¹³⁷

A relação entre sistemas e mundo da vida também envolve o conteúdo normativo da modernidade sob a ótica da razão comunicativa. Logo, a teoria da comunicação pode ser empregada nas explicações sobre o enlace do mercado e do Estado, permitindo a cisão entre os institutos. Daí Habermas tratar da reificação na prática cotidiana pela via sistêmica, o que ocorre pela incapacidade do mundo da vida dar conta de todas as relações discursivas que ocorrem na sociedade.¹³⁸

Nos dizeres habermasianos:

[...] a teoria da comunicação pode contribuir para explicar como na modernidade uma economia organizada sob a forma do mercado se entrelaça funcionalmente com o Estado que monopoliza a violência, se autonomiza em relação ao mundo da vida, tornando-se uma parte de sociabilidade isenta de normas, e opõe aos imperativos da razão os seus próprios imperativos, fundados na conservação do sistema.¹³⁹

Na medida em que racionalização do mundo da vida é ampliada e seus subsistemas são aprofundados no eixo da reprodução cultural, da integração cultural e da socialização, o risco de dissensos é ampliado. Chegar ao entendimento mútuo pela via comunicativa impõe um custo aos falantes, de modo que certas ações, de natureza estratégica, se desprendem do mundo da vida, tornando-se desmundanizadas no que toca as referências empregadas, mas permanecendo socialmente integradas.¹⁴⁰

A racionalização do mundo da vida implica na libertação das tradições, normas, valores instituições sociais e processos de socialização, que outrora eram amarrados nas sociedades arcaicas e tradicionais, em especial pela religião e pelos valores e costumes compartilhados. Daí a necessidade de utilizar a ação comunicativa e, por conseguinte, desenvolver o mundo da vida como forma de integração social, em detrimento dos sistemas.¹⁴¹

É que o mundo da vida é racionalizado pela diferenciação interna dos seus componentes e pela diferenciação externa com os sistemas, em especial como um acessório às relações de reprodução material, pela distinção dos tipos de ação comunicativa e estratégica e

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988. p. 11

¹³⁸ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodney Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 472

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodney Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 484

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodney Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 484-486

¹⁴¹ SPÄNG, Mikael. **Emancipation, democracy and the modern critique of law: reconsidering Habermas**. Londres: Palgrave Macmillan, 2018. p. 67

do emprego do plano discursivo como pando de fundo para os consensos. O problema reside da hipertrofia dos sistemas frente às reproduções materiais, gerando situações anômicas.¹⁴²

Ao processo acima é empregado o médium do dinheiro como linguagem de controle codificada, a qual é separada da linguagem comum e forma um código que orienta as relações de troca, de oferta e de procura, que, enfim, permite a coordenação de ações. Por isso, o dinheiro forma um sistema parcial e funcional, identificado na história com o sistema econômico capitalista, que regula as relações monetárias em seu interior e com o entorno não econômico, composto pelas atividades privadas do trabalho assalariado e pelo regime tributário do Estado.¹⁴³

Ainda, na reprodução material agregada ao capitalismo, ocorre o emprego das forças produtivas, que se fazem presentes ao longo da história, contemplando diversas modalidades e que são aplicadas nas relações de produção que envolvem a distribuição das riquezas sociais. Em linhas gerais, as forças produtivas compreendem a força laboral dos trabalhadores que atuam no processo produtivo; o saber técnico que é aproveitado como técnicas de produção e meios de incrementar a produtividade; e o saber organizacional que se faz presente na qualificação e divisão das forças de trabalho.¹⁴⁴

Assim, os sistemas são definidos como “conexão de ações racionais-com-respeito-afins mediatizados por dinheiro e poder como meios deslingüístizados”.¹⁴⁵ Os processos de colonização são iniciados quando os sistemas são impulsionados à sua autopreservação pelo uso da razão instrumental alicerçada nos códigos funcionais de dinheiro e poder.¹⁴⁶ Pelo exposto, Habermas olha para o passado e identifica o dinheiro como o primeiro subsistema a se desacoplar do mundo da vida:

[a] plebeização da população do campo e a proletarização do operariado, concentrado de múltiplas formas nas cidades, tornaram-se o primeiro caso exemplar de uma reificação da práxis cotidiana sistemicamente induzida. [...] Os contextos de interação autonomizados em subsistemas e que transcendem o horizonte do mundo da vida, coagulam-se em segunda natureza de uma sociabilidade isenta de normas. Esse desacoplamento entre sistema e mundo da vida é experimentado no interior dos mundos da vida modernos como uma coisificação de formas de vida.¹⁴⁷

¹⁴² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 76-78

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 486

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 303-304

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 74

¹⁴⁶ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 487

Esse processo denuncia a incapacidade do falante frente aos sistemas autorregulados, o que poderia terminar decretando o fim do indivíduo, como afirma Adorno, ou a sua eliminação do mundo da vida pela desintegração da intersubjetividade, como preconizado pelo funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann, este último em nítida substituição do sujeito pelo sistema autorreferencial, cujo processamento de sentido e operacionalização das relações discursivas de poder remetem à supressão da racionalidade que impregna o mundo da vida.¹⁴⁸

Luhmann coloca o mundo da vida como sociedade, de modo que fica “atrás dos subsistemas controlados por meios, o que o impede de se conectar diretamente com as situações de ação”¹⁴⁹. Na verdade, o mundo da vida, enquanto pano de fundo da atividade comunicativa, finda substituído por sistemas parciais funcionalmente específicos, os quais trocam as relações intersubjetivas por operações funcionais.¹⁵⁰ Inclusive, não se trata de uma permuta imediata, mas sim gradativa que ocorre no mesmo passo da complexidade dos sistemas sociais, fazendo o mundo da vida ir mingando para a posição de subsistema.¹⁵¹

Isto ocorre quando o mundo da vida alcança sua maturidade racional e os subsistemas do dinheiro e do poder são institucionalizados juridicamente, através do direito privado, tornando-se engrenados funcionalmente entre si. Isto afeta os processos de reprodução cultural, de integração social e da socialização através da monetarização e burocratização das interações humanas. Em última instância, os subsistemas contaminam o mundo da vida e as relações comunicativas de entendimento mútuo, de tal maneira que o desenvolvimento dos sistemas políticos aparece como uma resposta às patologias sistêmicas.¹⁵²

Recapitulando o percurso, inicialmente a distinção entre integração sistêmica e social trata apenas de diferentes formas de coordenar as ações humanas, no caso, pela via da ação funcional no primeiro e pelo caminho do consenso no segundo. Contudo, as ações funcionais ingressam paulatinamente nas ações comunicativas, de maneira sorrateira e parasitária, instrumentalizando o mundo da vida. Com isto, este último perde sua capacidade, enquanto

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 488-492

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 279-280

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 497

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 312

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 493-494

repositório argumentativo, pois as estruturas dos contextos de ação se modificam, impondo um grau de violência estrutural que tolhe as condições formais do agir comunicativo.¹⁵³

Habermas identifica duas soluções possíveis para a situação, a primeira com o controle social do capitalismo, principalmente através da política que permeia o Estado social, como forma de resolver os distúrbios que nascem da monetarização da força de trabalho; e a segunda com a transferência dos problemas para o nível do mercado, superando a paralisação burocrática que é imposta à iniciativa privada.¹⁵⁴ Em essência, a escolha é bifurcada para dois modelos políticos: ou uma aposta no Estado de bem estar social, com controle estatal da economia e distribuição de direitos aos cidadãos, ou pela via do Estado mínimo, de ideologia neoliberal, no qual o mercado é livre para realizar até mesmo a concretização de direitos.

Habermas fecha com a seguinte reflexão:

Hoje coloca-se a questão de saber se é possível estabelecer um novo compromisso segundo as velhas regras da política orientada sistemicamente – ou se a administração das crises, adapta às crises causadas sistemicamente e percebidas como sistêmicas, será solapada por movimentos sociais que não se orientem mais pela necessidade de controle do sistema, mas por traçados de fronteira entre sistema e mundo da vida.¹⁵⁵

Trazendo a perspectiva da teoria dos sistemas, Habermas compreende que nenhum dos sistemas funcionais é capaz de fornecer uma instância central de controle, pois os sistemas parciais encontram uma consciência própria que nasce de um consenso funcional, de caráter provisório, o qual Luhmann trata como o mundo da vida outrora utilizado por Husserl.¹⁵⁶ Por isso, a solução envolve superar o viés luhmanniano de consenso funcional e as dúvidas sobre a capacidade política do cidadão formular uma consciência coletiva e reinstalar o mundo da vida como centro das relações sociais orientadas ao consenso, fazendo-o pela via do Estado democraticamente legitimado, cuja diretriz está na realização da opinião e da vontade política cidadã.¹⁵⁷

Ainda que esteja inserido como parte do sistema burocrático, o subsistema político envolve os processos de eleição e escolha, com o poder para realizar e implementar decisões coletivas vinculantes. Isto é o que diferencia a função eletiva do subsistema político em

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 337

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 495

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 496

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 497-498

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 499-501

oposição ao subsistema administrativo, ainda que ambos se relacionem através de entradas e saídas com os demais componentes sistêmicos. Haverá um médium comunicativo que enseja a transmissão de decisões procedimentalmente construídas seja bem aceita pelos subordinados.¹⁵⁸

Desta feita, o enfoque de Habermas está na criação de mecanismos de coordenação de ações que residem nos processos decisórios das democracias contemporâneas, com a ampla participação dos cidadãos. Estes processos imprimem uma perda de autonomia e acarretam uma desdiferenciação ao sistema político, que passa a absorver discursos oriundos da ação comunicativa.¹⁵⁹

A efetivação do exposto acima, dentro da teoria habermasiana, se dará, como dito, pela influência dos influxos comunicativos do mundo da vida no autocontrole dos sistemas funcionais, o que ocorre pela via das esferas públicas e da autonomia política do cidadão¹⁶⁰, temáticas a serem estudadas nas próximas seções, quando se fará uma análise quanto à relação da política com o direito.

2.4 A RECONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO

Para discutir sobre o conceito de direito na teoria de Habermas, é necessário acompanhar o percurso evolutivo de seu pensamento, pois existem mudanças na maneira que o universo jurídico é retratado pelo frankfurtiano. Por não ser algo uniforme, a abordagem muda conforme Habermas amadurece e refina seus posicionamentos, já que o direito é enxergado, inicialmente, como um componente do sistema administrativo que juridifica as relações de poder e dinheiro para, posteriormente, ser uma ferramenta de integração social.

A partir dos impasses teóricos junto às feministas e pelo contexto vivenciado durante os finais da Guerra Fria no âmbito da República de Bonn, Habermas reformula a teoria do agir comunicativo alterando as incumbências do direito e da política. Coincidentemente, essa transição coincide com a maturidade teórica de Habermas, cuja evolução de um pensador social para um filósofo do direito e da política encontra guarida.

¹⁵⁸ MCCARTHY, Thomas. Systems theory: complexity and democracy. *In*: HONNETH, Axel; JOAS, Hans. (Orgs.). **Communicative action**: essays on Jürgen Habermas's the theory of communicative action. Trad. Jeremy Gaines e Doris Louise Jones. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 125-126

¹⁵⁹ MCCARTHY, Thomas. Systems theory: complexity and democracy. *In*: HONNETH, Axel; JOAS, Hans. (Orgs.). **Communicative action**: essays on Jürgen Habermas's the theory of communicative action. Trad. Jeremy Gaines e Doris Louise Jones. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 131-132

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 505

Após receber o prêmio Gottfried Wilhelm Leibniz da Fundação Alemã de Pesquisa Científica, Habermas utilizou a bolsa obtida para fundar um grupo de pesquisas em filosofia do direito, fomentando o debate em torno de quatro questões fundamentais – que posteriormente seriam respondidas ao longo da obra *Facticidade e Validade*: a) qual a relação entre direito e moral? b) como é possível construir um conceito não substancializado de soberania popular? c) como o direito pode ser um mecanismo de integração em sociedades complexas? d) qual a conexão entre as garantias legais para a liberdade comunicativa e as condições pragmáticas para uma prática intersubjetiva de alcance do entendimento?¹⁶¹

No final desse percurso, Habermas construirá pontes entre direito e política ao discutir o processo de construção participativa daquele. Com isso, o frankfurtiano entrega alguns institutos que formam o modelo de democracia procedimental ou democracia deliberativa, cujo núcleo é baseado nas relações discursivas. É para compreender o fenômeno jurídico que a presente seção será desenvolvida.

Habermas firma o direito como um dos instrumentos que institucionaliza o mundo da vida, dado que assume o papel de conter os conflitos existentes, os quais podem prejudicar os processos de integração social.¹⁶² Nas palavras de Habermas, ao tratar da racionalização do direito: “ela possibilita – ou parece possibilitar – tanto a institucionalização do agir econômico e administrativo racional-teleológico em relação a seus fundamentos moral-práticos.”¹⁶³

O desenvolvimento do direito ocorre na forma de um elemento externo, que está vinculado ao poder coercitivo que emana das sanções imposta pelo Estado. Ainda, o direito concorre com a diferenciação estrutural do mundo, enquanto componente autônomo, conquanto dependente de estruturas de legitimidade para os processos formais de criação e aplicação das normas. Com efeito, a evolução social é indissociável da integração social promovida pelo direito, pois sofre mudanças considerando o nível de desenvolvimento social: nas sociedades pré-convencionais, tem-se o direito revelado, com esteio na ética mágica e que está baseado nas expectativas de comportamentos particulares característicos da tradição. Nas sociedades convencionais, tem-se o direito tradicional, alicerçado na ética legal e na figura da norma; ao cabo, nas sociedades pós-convencionais, o direito formal tem o princípio como conceito base, concatenado com as éticas da consciência e da responsabilidade.¹⁶⁴

¹⁶¹ MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Habermas**: a biography. Cambridge: Polity, 2016. n.p.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 313

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 426

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 314-316

É na passagem das sociedades convencionais que há aproximação do dinheiro como elemento econômico colocado lado a lado com os sistemas éticos, de modo que o papel do direito vai sendo modificado, em especial no campo do direito privado, para albergar os interesses dos agentes que se orientam pelo próprio sucesso. Isto torna necessária a criação de uma jurisdição profissional e de uma administração que pudesse ser legitimada pelo Estado burguês através dos direitos fundamentais e da soberania popular.¹⁶⁵

Portanto, Habermas trabalha, predominantemente, com o direito formal burguês e o faz a partir de Max Weber, ainda que critique a abordagem deste, consoante a ausência de legitimidade para a legalidade. Para Weber, o direito formal burguês é resumido ao direito privado, cuja função é conferir segurança jurídica para aqueles que agem estrategicamente, de acordo com interesses que visam o sucesso próprio.¹⁶⁶ Esta abordagem preconiza a presença de três requisitos formais para a presença do direito:

Em primeiro lugar, a reformulação sistemática de um corpo de proposições jurídicas claramente analisadas, sistematizando, em seguida, as normas válidas numa ordem compreensível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei, abstracta e geral, nem talhada à medida de contextos especiais, nem direccionada para determinados destinatários, oferece ao sistema jurídico uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a obrigação legal da justiça e a sua administração garantem, do mesmo modo seguro, tanto uma aplicação metódica e calculável, como uma implementação dessas mesmas leis.¹⁶⁷

O processo de legitimidade do direito nasce da vinculação entre o direito e o poder político, a qual ocorre antes destes códigos tomarem posse de suas funções próprias. De um lado, o direito tem o condão de estabilizar as expectativas de comportamento, enquanto do outro, o poder político enseja a imposição de decisões coletivas. Esse encontro propicia o terreno perfeito para que o direito busque o seu caráter cogente e o seu formato jurídico do poder político. De outro giro, o poder político busca, no direito, meios e limitações para sua reprodução.¹⁶⁸

Isto forma o chamado poder empregado administrativamente, o qual consubstancia a primeira ponte de contato entre direito e sistema administrativo na teoria de Habermas. Neste modelo, não há qualquer pretensão quanto ao controle ou programação do poder administrativo, que se mostra mais ou menos independente quanto aos influxos comunicativos produzidos no mundo da vida, podendo ser usado de maneira instrumental na colonização

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 321-322

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 28

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 18-19

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 643-645

sistêmica¹⁶⁹, pois os componentes sistêmicos poder e dinheiro ficam ancorados no mundo da vida pela institucionalização do direito.¹⁷⁰

Em essência, o direito formal burguês trata exclusivamente de questões contratuais e relativas à propriedade, as quais envolvem a troca de bens e serviços.¹⁷¹ Ou seja, o direito coloca o agir econômico e administrativo em primeiro plano, deixando o agir comunicativo e o mundo da vida em um segundo plano.¹⁷² É esta perspectiva que leva Habermas a concluir, com aporte na leitura de Weber sobre o fenômeno jurídico, que o direito coloniza o mundo da vida, enquanto uma patologia da modernidade, pois a ação comunicativa vai sendo paulatinamente substituída pela ação estratégica do grupo de interesses que substitui o mundo da vida pelo código do poder e dinheiro.¹⁷³

Habermas promove uma virada quanto à perspectiva descrita acima, ao compreender que o direito assume a posição de uma charneira ou dobradiça, atuando entre o mundo da vida e os sistemas, sendo esta a dupla face de Janus. Essa nova perspectiva teórica traz a operação do direito como um elemento transformador que impede a ruptura da rede comunicativa socialmente integradora.¹⁷⁴ Na verdade, a própria abordagem de Habermas se deve ao momento histórico vivenciado na Alemanha ao longo da década de '80, de tal maneira que a alegoria da dupla face também é aplicada à política alemã com o afã de construir uma ponte histórica: uma face se volta para compreender o passado da República de Bonn e outra face olha para o futuro, a partir da experiência alemã, para guiar a construção do momento posterior à queda do muro de Berlin.¹⁷⁵

Isto é uma superação do exposto anterior, quando Habermas compartilhava da leitura puramente weberiana na qual o direito opera como simples médium para os sistemas, eis que a tarefa da integração social ficava a cargo, então, do direito liberal. Somente pelo direito reconstruído comunicativamente, através da vontade política, é que tese da colonização

¹⁶⁹ REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69

¹⁷⁰ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 153

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 502-505

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 475

¹⁷³ REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 164

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 95-96

¹⁷⁵ SPECTER, Matthew G. **Habermas**: an intellectual biography. Cambridge: Cambridge University, 2011. p. 171

sistêmica do mundo da vida pelas regras jurídicas pode ser superada.¹⁷⁶ A despeito de ter se debruçado sobre o direito, em face da primeira guerra do Iraque, Habermas opta por focar seus interesses teóricos na “situação pós-nacional com respeito ao futuro do projeto kantiano de uma ordem cosmopolita”.¹⁷⁷

A justificativa para essa guinada quanto à colonização do mundo da vida pela via jurídica está na percepção alcançada por Habermas, pois o fator colonizador não deve ser tratado mais como uma consequência inevitável dos processos legislativos do Estado. O enfoque do frankfurtiano é redirecionado para formação de uma teoria procedimental do direito, dentro da qual os cidadãos podem gozar plenamente de suas liberdades objetivas, inclusive participando do debate público sobre as necessidades normativas e os critérios aplicáveis à efetivação da igualdade.¹⁷⁸

De outro giro, Habermas enfrenta fortes críticas produzidas pelas teóricas feministas sobre o conceito de esfera pública previamente desenvolvido pelo frankfurtiano, em sua tese doutoral. Tanto para Nancy Fraser quanto para Joan Landes, a esfera pública burguesa é masculina e baseada na classe social, o que acarreta uma argumentação direcionada pela autonomia presumida dos seus participantes. Isto forma o fio condutor para Habermas repensar o papel político das esferas públicas em um contexto pós-burguês, fazendo-o em um prisma procedimental, o qual imprime um novo papel para o direito dentro da racionalidade comunicativa.¹⁷⁹

Fraser afirma que, a despeito do conceito de esfera pública ser essencial para a Teoria Crítica, a leitura de Habermas não é plenamente satisfatória. Por isso que Fraser pretende ir para além do declínio da esfera pública liberal e ampliar os horizontes da esfera pública deliberativa, oxigenando o modelo democrático. Daí que Fraser acha por interessante desenvolver uma teoria pós-burguesa para a esfera pública, inserindo a igualdade como um requisito fundamental ao debate. Essa abordagem permite trazer à tona as questões inerentes ao pluralismo e correlacionar a esfera pública com os assuntos privados, aproximando sociedade civil e Estado.¹⁸⁰

¹⁷⁶ BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito**: da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 295-296

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. Discurso de agradecimento. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos**: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 339

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 170-171

¹⁷⁹ JOHNSON, Pauline. Irreconcilable Differences? Habermas and Feminism In: FREUNDLIEB, Dieter; HUDSON, Wayne; RUNDELL, John. (Orgs.). **Critical theory after Habermas**. Volume I. Boston: Brill Laiden, 2004. p. 106-115

¹⁸⁰ FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere. In: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 111-118

Habermas irá acatar as críticas de Fraser, direcionando o direito para buscar, na política e nas esferas públicas, um elemento de legitimidade que permita abarcar o pluralismo. Como se verá adiante, as esferas públicas passarão a estar diretamente vinculadas à biografia privada – ou vida privada – dos cidadãos e farão a ponte entre sociedade civil e o poder administrativo estatal. Neste ponto, Habermas promoverá os reparos necessários, adaptando a sua teoria para atender às críticas de Fraser, fazendo o devido contraponto com a experiência alemã.¹⁸¹ Isto trará consequências para a maneira que o direito é abordado pelo frankfurtiano, como dito anteriormente.

A ênfase de Habermas será então deslocada para a tensão entre facticidade e validade do direito e o seu papel como médium na integração social e na estabilização não-coercitiva de expectativas comportamentais. Essa necessidade decorre da evolução social ampliar, paulatinamente, o risco de dissensos, em especial quando a história ingressa no âmbito das sociedades pós-convencionais. Por terem um caráter pluralista e haver a presença de procedimentos de diferenciação social, as sociedades pós-convencionais apresentam uma grande tendência de ações estratégicas.¹⁸²

Esta é a explicação de Habermas:

[...] as certezas já pluralizadas e crescentemente diferenciadas do mundo da vida oferecem uma compensação suficiente para esse déficit. [das ordens normativas que tem de ser mantidas sem garantias meta-sociais]. Assim, o ônus da integração social se desloca cada vez mais em direção às operações de entendimento dos atores, para os quais validade e facticidade, isto é, a força vinculante de convicções motivadas racionalmente e da coerção impositiva de sanções externas, são incompativelmente separadas. Se os contextos de interação não podem se perpetuar em ordens estáveis somente pela influência recíproca de atores que agem orientados ao êxito, [...] a sociedade, em última instância, tem de ser integrada através da ação comunicativa.¹⁸³

O desafio de mediar os mundos da vida que compõem as sociedades plurais e seculares será enfrentado pelo emprego da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios autores se entendem. Assim será promovida, simultaneamente, a adaptação dos comportamentos estratégicos e a integração pelo estímulo da ação comunicativa, desenhando obrigações aos destinatários. Esta garantia meta-social reside no sistema jurídico, que detém a coerção fática (facticidade) e é legítimo (validade).¹⁸⁴

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 420-430

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 59

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 60

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 60-62

Os processos de integração social estão vinculados à tensão entre facticidade e validade, pois quanto mais forte for este conflito, menor será o potencial integrativo do direito. E, quanto menor for esse potencial, mais o direito recorrerá exclusivamente à coercitividade. Por outro pórstico, se houver um grau mínimo de tensionamento, maior será a aceitabilidade racional das normas,¹⁸⁵ consoante os destinatários serem capazes de justificar a legitimidade normativa com base em discursivos práticos.¹⁸⁶

Em última análise, se a lacuna entre os dois elementos não for levada devidamente a sério, surge o risco da coesão social sucumbir à total desintegração, ante a incapacidade do agir comunicativo suportar, por si só, a carga que lhe é atribuída.¹⁸⁷ Por isso, toda a preocupação de Habermas em torno da legitimidade discursiva do direito e seu papel dentro da superação dos dissensos e integração social nas sociedades complexas e pós-convencionais.

Os dissensos ocorrem quando há uma ruptura da comunicação, que pode levar a um direcionamento à ação estratégica, com a valoração fática sendo deslocada do mundo da vida para as experiências próprias dos atores. De outro lado, a rejeição das premissas pode também acarretar divergência, consoante cada agente estar situado em uma visão distinta do mundo da vida, em face da amplitude do instituto.¹⁸⁸

Para lidar com essas questões, Habermas traz um composto de duas estratégias que envolvem o mecanismo comunicativo. A primeira opção está na circunscrição das divergências a partir do mundo da vida, o qual não pode ser diretamente tematizado, estando, pois, fora da dimensão onde ocorre o juízo de validade intersubjetivo. Para a segunda alternativa, fica a não-circunscrição ou liberação das relações discursivas, que acabam por ampliar os riscos de dissensos ao prolongar os discursos. A saída para a situação descrita está no direito que permite unir ambas as táticas de integração social através da estabilização de expectativas e do caráter incontestado das normas jurídicas.¹⁸⁹

Será papel do ordenamento jurídico garantir que “todas as pessoas sejam reconhecidas em seus direitos por todas as demais; o reconhecimento recíproco dos direitos de

¹⁸⁵ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 88

¹⁸⁶ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 118

¹⁸⁷ BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito**: da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 294

¹⁸⁸ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 48

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 72-74

cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais”.¹⁹⁰ Por isso, a integração social decorrente do direito é levada em uma perspectiva kantiana, de modo que aduz uma reciprocidade no uso da força e da liberdade a partir de um poder geral, fazendo o liame entre a liberdade de arbítrio de uma pessoa com a outra. Assim, as regras jurídicas conduzem o comportamento dos agentes a partir dos comandos normativos – facticidade – e são, por estes, reconhecidas como válidas, pelos seus destinatários – validade.¹⁹¹

No campo da validade há um comportamento dúplice do direito, por causa dos elementos estruturantes das regras jurídicas: coerção e liberdade. Daí a divisão entre validade social e legitimidade: as normas jurídicas gozam de validade social porquanto podem ser impostas pela sua aceitação fática dos destinatários ou por terem o suporte da facticidade artificial que advém das sanções. De outro lado, a legitimidade também está incutida no processo legislativo racional procedimental, que traz as justificativas pragmáticas, éticas e morais daquele comando.¹⁹²

Em relação aos destinatários, as normas jurídicas trazem duas opções de atitudes, uma objetivante e a outra performativa, podendo ser adotado um ou outro enfoque a depender das circunstâncias. Para um agente que escolhe racionalmente, as regras jurídicas criam uma barreira de fato, com consequências calculáveis em caso de descumprimento e, de outro lado, para os atores que pretendem chegar a um consenso, os mandamentos jurídicos amarram o livre arbítrio a partir da validade.¹⁹³

Em síntese, a norma jurídica tanto pode limitar as opções para a ação estratégica, operando no nível dos fatos sociais, quanto pode trazer expectativas comportamentais a serem cumpridas para formação do acordo racional característico do agir comunicativo.¹⁹⁴ Ou, melhor dizendo, o direito poderá tanto coibir as ações estratégicas que findem interferindo na liberdade ou direitos de outro indivíduo quanto proporcionar mecanismos de estabilização procedimentais para a construção racional e comunicativa de uma ação adequada.¹⁹⁵

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 66-67

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 62-64

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 64-65

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 65-67

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 67-68

¹⁹⁵ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 117-118

Existe uma tensão na dimensão de validade do direito, a qual implica na “necessidade de organizar o próprio poder político nas formas do direito legítimo – poder que é usado para a imposição jurídica (e para a aplicação do direito baseada na autoridade), de onde o direito retira sua positividade”, afinal, as sociedades contemporâneas também são sistemicamente integradas pelo mercado e pelo poder administrativo, como dito anteriormente. Ambos os elementos vão ser ancorados no mundo da vida nos processos de institucionalização do direito, cabendo verificar se o direito é proveniente do consentimento procedimental dos cidadãos ou se decorre da autoprogramação estatal.¹⁹⁶

Nesse sentido:

[...] o direito moderno está ligado a todos os três recursos de integração social. Por meio de uma práxis de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito abastece sua força de integração social em última instância a partir das fontes de solidariedade social. As instituições do direito privado e do direito público, por outro lado, possibilitam a instauração de mercados e a organização de um poder estatal; pois as operações do sistema econômico e do sistema administrativo, que se diferenciam dos componentes sociais do mundo da vida, são efetuadas na forma do direito. Assim, pelo fato de estar vinculado tanto ao dinheiro e ao poder administrativo, quanto à solidariedade, o direito lida em suas operações de integração com imperativos de diferentes proveniências. Mas em lugar algum está escrito nas normas jurídicas como equilibrar estes imperativos. Nas matérias dos diferentes campos do direito é possível reconhecer a origem da necessidade de regulação, à qual reagem a política e a positivação do direito. Porém, nos imperativos funcionais do aparelho estatal, do sistema econômico e de outros domínios sociais deixam-se penetrar com frequência interesses não filtrados normativamente, porque são os mais fortes e podem se servir da força legitimadora da forma jurídica a fim de encobrir sua capacidade de imposição meramente factual. Por esta razão, enquanto meio de organização social de uma dominação política que remete aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um médium profundamente ambíguo para a integração social.¹⁹⁷

As questões que se põem, a partir da integração, são como o direito pode ser legitimamente aceito e qual o conteúdo é esperado do ordenamento jurídico e em quais condições o direito mediará os processos de integração social. A segunda questão será tratada posteriormente, pois envolve o elemento político e a justificação do poder, a partir daquilo que Habermas chamará de modelo de circulação do poder comunicativo. Por outro lado, a primeira indagação atine à relação entre o direito e as autonomias do cidadão, ou ainda, entre a tensão entre soberania popular e direitos humanos, no que tange à tensão entre público e privado, tópicos da seção subsequente.

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 74-75

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 76

2.4.1 A reconstrução do ordenamento jurídico e o conteúdo do direito

O desafio lançado por Habermas no âmbito jurídico está em como e por que os cidadãos podem se autolegislar frente à diferenciação funcional do sistema poder e dinheiro, o que envolve, impreterivelmente, os processos democráticos. O alicerce disto está nas categorias elementares de direitos que são reconhecidos mutuamente e que servem de padrão normativo para o estabelecimento de condutas.¹⁹⁸

Afinal, o direito deve tanto satisfazer as exigências funcionais da sociedade complexa quanto promover a integração social, realizando este último pela transferência das normas morais para as leis que compatibilizam as diferentes liberdades de ação dos cidadãos.¹⁹⁹ A tarefa designada para a ordem jurídica será exatamente a de mediar as tensões entre a autonomia privada e a autonomia pública de um lado e, de outro, dos direitos fundamentais com o da soberania popular enquanto subprodutos da lacuna entre facticidade e validade.²⁰⁰

A construção teórica habermasiana se depara com essas autonomias ao promover a reconstrução dos direitos a partir da literatura clássica. Do direito privado alemão, Habermas enxerga o primado da propriedade privada e da autonomia da vida, direitos que sempre presumiram uma igualdade entre as pessoas e são alicerçados em um mútuo reconhecimento, que é desvinculado de qualquer legislação.²⁰¹ Tratam-se de direitos subjetivos que criam esferas individuais de liberdade, conferindo um grau de autonomia ao seu portador, o que serve, inclusive, de base para ascensão do positivismo jurídico, em especial pelas construções teóricas de Rudolf von Ihering, de Friedrich von Savigny e de Hans Kelsen.²⁰²

Com o advento do Estado Social, foram adicionados a esse repertório de direitos a categoria composta pelos direitos sociais, o que impõe uma obrigação de legitimar os direitos subjetivos que a partir de então não poderiam ser mais justificados pela ciência jurídica voltada ao direito privado.²⁰³ Daí Habermas buscar a Kant, para coletar a percepção de que os

¹⁹⁸ SPÅNG, Mikael. **Emancipation, democracy and the modern critique of law**: reconsidering Habermas. Londres: Palgrave Macmillan, 2018. p. 98-99

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 128-129

²⁰⁰ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 63

²⁰¹ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 64

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 131-133

²⁰³ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 64-65

direitos subjetivos não podem ser descritos pela metódica do direito privado, não sendo possível comparar a sistemática do contrato privado com a do contrato social. Isso faz emergir a primeira intuição de que há uma legitimidade interligada à uma autonomia política.²⁰⁴

As figuras dos direitos humanos e do princípio da soberania popular formam o estuário no qual o direito moderno aporta. Ocorre que as interpretações liberal e republicana mostram que, ao invés de uma relação complementar, há, na realidade, uma suposta concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular. Para os liberais, há o temor de uma ditadura da maioria, de modo que são os direitos humanos que asseguram as liberdades do cidadão e impõem limites à atuação do legislador. De seu turno, os republicanos sustentam que a auto-organização do cidadão é que condiciona o reconhecimento dos direitos humanos, porquanto nenhum elemento que não corresponda ao projeto de vida pactuado pelo grupo ou formado pela vontade coletiva pode lhes ser imposto.²⁰⁵

É que os liberais dão ênfase às chamadas liberdades dos modernos, dando destaque às liberdades individuais que estruturam os direitos humanos e formam o núcleo dos direitos subjetivos, enquanto os republicanos adotam a liberdade dos antigos, fomentando os direitos políticos autodeterminantes do cidadão.²⁰⁶ A justificativa histórica para o posicionamento dos liberais está nos traumas vivenciados no período absolutista, com sucessivas ingerências do Estado na vida dos seus administrativos. Os republicanos, de igual maneira, objetivam fugir de interferências, repudiando aquelas praticadas pelo indivíduo no grupo, o que fere as relações de interdependência que são forjadas naquela comunidade.²⁰⁷

Empregando a visão concatenada de Jean Jacques Rousseau e de Kant, Habermas desenha uma interpretação mútua da soberania popular e dos direitos humanos, cuja projeção esteja para além daqueles dois filósofos. É que o frankfurtiano reconhece a insuficiência de ambos, pois Kant não alcança os direitos humanos como restrição à soberania popular e Rousseau não vincula a autonomia da autolegislação com o anteparo ético dos direitos humanos.²⁰⁸ É a partir dessa percepção que Habermas irá promover uma conciliação, no nível discursivo, entre os dois elementos em tela, incorporando a ideia da soberania popular como

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 140-141

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 146-148

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 82-83

²⁰⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 62

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 148-149

fundamento de legitimidade que respeita aos direitos humanos na construção comunicativa da legislação.²⁰⁹

Nos dizeres do Habermas:

[...] a vontade racional só pode se formar no sujeito individual, então a autonomia moral do indivíduo precisa se impor à autonomia política da vontade unificada de todos, assegurando de antemão a autonomia privada de cada um como um direito natural. Se a vontade racional só pode se formar - no macrossujeito de um povo ou uma nação, a autonomia política tem de ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; neste caso, a autonomia privada só poderá ser protegida do poder de dominação da autonomia política mediante a forma não discriminatória de leis gerais.²¹⁰

E conclui com o seguinte fragmento:

[...] se discursos [...] constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito se baseia, em última instância, em um mecanismo comunicativo: como participantes em discursos racionais, os parceiros do direito têm de poder avaliar se a norma sob exame conta, ou poderia contar, com o assentimento de todos os possíveis afetados. Por conseguinte, a almejada conexão interna entre soberania popular e direitos humanos precisa ser buscada em um sistema de direitos que estabelece precisamente as condições sob as quais podem ser institucionalizadas em termos jurídicos as formas de comunicação necessária à gênese politicamente autônoma do direito.²¹¹

Com isto, Habermas entrega o conceito de autonomia política do cidadão, cujo ponto de partida está na cooriginalidade entre as autonomias pública e privada. A consequência conceitual é um modelo de autolegislação que tem nos direitos humanos sua substância ou conteúdo e na soberania popular sua forma para elaboração discursiva do direito.²¹² Com a reconstrução das autonomias pública e privada, Habermas consegue superar os riscos no superdimensionamento de ambas. Dessa maneira são coibidas as patologias do paternalismo legal, verificadas na autonomia privada e que derrubam a vontade popular e da ditadura da maioria, vista na autonomia pública, que finda abolindo direitos básicos das minorias.²¹³

Esse projeto reconhece que não há direito legítimo sem a autonomia privada das pessoas para conferir independência ao sujeito e institucionalizar juridicamente os meios e as condições de emprego da autonomia pública pelos cidadãos. Daí a exigência que estes sejam, ao mesmo tempo, autores e destinatários do direito. Contudo, os cidadãos não podem escolher

²⁰⁹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 65

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 151

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 152

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 152-153

²¹³ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 63

o médium linguístico a ser utilizado no processo legislativo, pois tal função é confiada ao direito, ante os processos característicos da autolegislação democrática.²¹⁴

O sustentáculo teórico desse modelo reside na relação complementar entre as normas morais e jurídicas que Habermas reconstrói a partir de Kant.²¹⁵ Na perspectiva kantiana, moral e direito fazem parte de um todo, na condição, respectivamente, de face interna e face externa da liberdade. A liberdade interna é aquela que rege o sujeito, em sua autonomia de vontade, e que atua em seu foro íntimo, enquanto a liberdade externa faz a compatibilização ou o equilíbrio das diversas liberdades que existem nas relações humanas.²¹⁶

De outro lado, a moral é vinculada ao agir ético e ao cumprimento do dever pelo dever, por meio dos quais o sujeito convence a si mesmo de que aquela ação leva ao bem. Já o direito conduz ao agir jurídico, cujo cumprimento decorre da coercitividade, ou seja, do medo da sanção que poderá ser imposta pela inobservância do preceito legal. No caso do direito, é o medo da cominação de uma penalidade que evita exorbitâncias no exercício das liberdades individuais. Por fim, é o Estado que terá como função assegurar essa garantia de coexistência entre as liberdades, o que se justifica enquanto instrumento para consecução dos direitos.²¹⁷

Outrossim, Habermas nega qualquer submissão entre direito e moral como defendia Kant, de modo que não é possível estabelecer uma hierarquia entre um ou outro. A relação complementar pretendida por Habermas é consubstanciada pela legitimidade da validade jurídica e como cada elemento está debruçado sobre questões diferentes: a moral retrata uma forma de saber cultural e o direito se mostra como um sistema de ação institucionalizado. Logo, Habermas conclui que nem o direito constitucional e nem autonomia política são simples cópias de normas morais, até porque, nas sociedades complexas e pluralistas, existem mais de uma concepção moral e que por vezes conflitam entre si. Logo, ao serem criadas, as normas podem receber influxos para além de conteúdos morais, como os de ordem econômica, social, política, etc.²¹⁸

Nesta senda, Habermas reconhece um vínculo entre as autonomias moral e política do indivíduo sob a égide do princípio do discurso, cuja existência provê a fundamentação

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293-294

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 154-155

²¹⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** - parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 53-65

²¹⁷ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** - parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 26-32

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 155-156

ética e imparcial dos juízos práticos e é expresso nos seguintes dizeres: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.²¹⁹

A função do princípio do discurso está na fundamentação das normas de ação a partir de condições recíprocas de reconhecimento comunicativo e corresponde, em verdade, ao próprio princípio moral. Isso compreende, na estrutura semântica do princípio do discurso, todas as proposições normativas e expectativas de comportamento generalizadas que têm condão de regulamentar condutas com esteio no entendimento mútuo. O desenvolvimento do princípio do discurso se dá argumentativamente pelas obrigações ilocucionárias recíprocas.²²⁰

O princípio do discurso compreende uma releitura do imperativo categórico kantiano, orientado não como uma máxima de ação, mas sim como um fundamento para normas dotadas de legitimidade universal, distinguindo as normas que todos podem querer daquelas que são indesejadas. Este procedimento não ocorre por meio de um simples exame de juízos morais individuais, pois é imprescindível que todos aqueles que podem contribuir para a formação da norma adotem a ponderação dos interesses sob a ótica de todos. Afinal, é o caráter do reconhecimento intersubjetivo e a reciprocidade que provêm a validade universal às normas. Daí tratar-se de uma racionalidade procedimental construída a partir do discurso prático, cuja força é avaliada pela sua universalidade e pelas suas condições de validade moral.²²¹

Na verdade, o papel deste princípio é procedimentalmente neutro em relação ao direito e à moral, porém normativamente parcial, o que permite abranger tanto a visão liberal quanto a comunitarista. Ainda, é possível enxergar a validade social da norma produzida, em última instância, como uma reconstrução da validade procedimental e que oferece boas razões, para os destinatários, quanto ao cumprimento daquela.²²² Na efetivação da aceitabilidade racional, Habermas estabelece algumas condições para o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade: que o discurso não seja interrompido, ressalvada a hipótese de motivo racional; que sejam dadas condições deliberativas simétricas e idênticas a todos os participantes, com plena liberdade para seleção das tematizações e realização dos

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 156-157

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 157-159

²²¹ MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão**: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Loyola, 2011. p. 89-91

²²² MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão**: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Loyola, 2011. p. 92-95

juízos pertinentes; e que não sejam impostos elementos coercitivos externos ao discurso, ensejando a vitória do melhor argumento.²²³

Retomando a divisão entre direito e moral, ela também ocorrerá pela diferenciação entre o princípio da democracia e o princípio moral. Com a distinção entre os princípios, o frankfurtiano conclui pela não submissão do direito à moral e formula a base para a relação de complementaridade outrora mencionada. Sintetizando ambos os princípios, Habermas assevera:

Enquanto o princípio moral opera no plano da estrutura interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia se refere ao plano de sua institucionalização externa, isto é, à participação em igualdade de direitos na formação discursiva da opinião e da vontade política, efetivada segundo formas de comunicação garantidas juridicamente. A diferença dos planos de referência é um dos pontos de vista pelo qual o princípio da democracia pode se distinguir do princípio moral.²²⁴

Enquanto o princípio do discurso serve como regra de argumentação para as decisões morais, o princípio da democracia promove a base procedimental para formação legítima do direito, transferindo os postulados do princípio moral do discurso para o processo legislativo. Isto aclara o sentido performático da autodeterminação dos cidadãos enquanto membros equânimes da sociedade que podem contribuir, procedimentalmente, para a formação do direito e que fornecem orientações para a produção legislativa.²²⁵

O princípio da democracia se vincula ao exercício da autonomia política por ser o ponto de partida para que o cidadão se transforme em um portador de direitos subjetivos capaz de exercer a autodeterminação na formação das normas jurídicas e regular, com um direito positivo legítimo, a *práxis* cotidiana. É o princípio democrático que fundamenta a racionalidade procedimental na qual estão amparados o acordo político racional e sua institucionalização pelo direito.²²⁶

Pela aplicação do princípio do discurso aos processos de formação legislativa, o princípio da democracia conduz para uma distinção entre a forma jurídica e o código jurídico, os quais são mediados e produzidos pelo direito, como ocorre nas democracias modernas. Portanto, deve ser contemplado, para os cidadãos, um repertório de direitos intersubjetivos

²²³ MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão**: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Loyola, 2011. p. 99-100

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 159-160

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 159

²²⁶ MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão**: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Loyola, 2011. p. 113-114

que asseguram a liberdades individuais, a proteção jurídica e a capacidade de participar da comunidade jurídica.²²⁷

Esses direitos estão interligados com a reconstrução discursiva da própria autonomia privada e sinalizam o mínimo necessário para efetivar as liberdades comunicativas que permitem ao cidadão se posicionar em relação às pretensões de validade intersubjetivas no curso da ação comunicativa. A formação do código jurídico permite identificar que direitos são esses e estabelecer uma fronteira contra violações à liberdade comunicativa e, simultaneamente, formular iguais liberdades de ação comuns a todos: a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos.²²⁸

O código jurídico será composto, em sua forma base, de direitos fundamentais que tornam o seu titular apto a pleitear por ações estatais, seja de proteção ou prestação, e conferem um norte para a vida política e social. Ainda, são esses direitos que garantem a condição de pessoa igual e que é dotada de respeito mútuo, independentemente das circunstâncias. Portanto, esses direitos vão servir, em sua dimensão de validade universal, de fundamento substantivo para autonomia política.²²⁹

Prosseguindo com o conteúdo mínimo do código jurídico, existem cinco categorias de direitos fundamentais que devem ser positivados na ordem constitucional e que servem como base para efetivação do direito como médium da integração social, pois conferem o *status* de pessoa aos seus portadores.²³⁰ São esses direitos fundamentais que vão garantir o nexu interno entre os direitos humanos e a soberania popular e resolver o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.²³¹ Ao mesmo tempo, são essenciais para construção do direito legítimo, que não poderá existir sem a presença daqueles, os quais fornecem o grau de transparência e racionalidade para a forma jurídica.²³²

A primeira categoria determina que os direitos fundamentais devem garantir a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. A segunda traz a possibilidade de o cidadão ser um membro na associação voluntária de parceiros do direito, contribuindo para a

²²⁷ SPÅNG, Mikael. **Emancipation, democracy and the modern critique of law**: reconsidering Habermas. Londres: Palgrave Macmillan, 2018. p. 103-104

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 168-171

²²⁹ FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectiva de uma Teoria Crítica da política. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: UNESP, 2018. p. 82-83

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 171-173

²³¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 173

²³² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 175-177

formação das normas jurídicas. Para a terceira, estão os direitos que ensejam a possibilidade de postulação jurisdicional de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção judicial. Essas três classes iniciais são decorrências diretas da aplicação do princípio do discurso e envolvem a garantia da autonomia privada dos cidadãos que se reconhecem mutuamente como destinatários da lei.²³³

Os quarto e quinto grupos de direitos estão vinculadas ao exercício da autonomia pública e fundamentam a capacidade do cidadão ser um autor do direito. A quarta categoria contempla os direitos de participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade frente ao processo de criação do direito legítimo. Na quinta e última categoria, estão os direitos que garantem condições de vida minimamente estruturadas em seus vieses social, técnico e ecológico, o que forma um mínimo existencial para que o cidadão tenha condições materiais de gozar dos direitos anteriormente mencionados.²³⁴

O objetivo de Habermas ao construir o código jurídico a partir dessas categorias é de formular a integração entre soberania e direitos humanos, reafirmando a relação de cooriginalidade e de interdependência entre as autonomias pública e privada, manifestadas como autonomia política. Ademais, são esses cinco direitos fundamentais que permitem a conversão do princípio do discurso como princípio da democracia, ao possibilitar o exercício da própria autonomia política do cidadão.²³⁵

Com efeito, o exercício da autonomia política se torna imprescindível nas democracias contemporâneas, marcadas por um pluralismo que admite diversos projetos de vida e são caracterizadas por fortes diferenças valorativas. Pela autonomia política, é possível obter os meios de neutralização normativa das diferenças na legitimidade procedimental, pois podem ser construídas regras, mais ou menos racionais e de ampla aceitação, que orientam o consenso em favor da tolerância.²³⁶

Trata-se do uso público da razão, que, apesar de não garantir qualquer consenso, comporta mecanismos para os participantes do discurso formarem os acordos e as resoluções sobre as questões que lhe são postas, através de regras livremente aceitas. O dissenso irá continuar existindo, ainda mais em sociedades com amplos graus de liberdade, mas será

²³³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 172

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 172-173

²³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 177-178

²³⁶ MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão**: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas. São Paulo: Loyola, 2011. p. 129-130

limitado razoável e democraticamente.²³⁷ Ademais, saindo do campo teórico e adentrando na prática, mesmo que o paradigma procedimental não garanta plenamente a reconciliação entre facticidade e validade, ainda será capaz de fornecer um alívio significativo para as tensões políticas existentes no pluralismo dinâmico, ao expor as desigualdades particulares e trabalhar mecanismos para canalizar as necessidades de alternativas mais abrangentes e menos opressivas.²³⁸

Enfim, é ao pensar o papel integrador para o direito que Habermas contempla uma dimensão política para o direito, consoante a legitimidade deste depender dos processos de construção legislativa. Essa inserção do elemento político é essencial para lidar com a tensão entre facticidade e validade, eis que a pretensão de validade da ordem jurídica é expressa pela vontade democrática dos cidadãos livres e iguais. Isto posto, o processo legislativo deverá, ser democrático, enquanto fruto da vontade legítima e da autolegislação racional, envolvendo, procedimentalmente, cidadãos politicamente autônomos e dotados de liberdade comunicativa.²³⁹

A teoria política de Habermas está voltada ao enquadramento da deliberação moral e para a criação das normas morais e legais. Com isto, o frankfurtiano formula um plano constitucional que tem como principal protagonista o cidadão, que é retratado como um participante dos debates que formam a opinião pública.²⁴⁰ Com isto, será inspecionado o elo entre o direito e a política, de modo a compreender como a legitimidade do ordenamento jurídico é repensada por Habermas, o que será objeto do item abaixo.

2.4.2 A relação entre direito e política na perspectiva da democracia deliberativa

Como explicado anteriormente, Habermas faz uma conexão entre direito e política ao tratar da tensão entre facticidade e validade. Nesta seção, a discussão sobre esses pontos será aprofundada, demonstrando como a proposta democrática habermasiana opera a partir do discurso advindo das esferas públicas e quais as expectativas do frankfurtiano quanto à implementação desse modelo.

²³⁷ MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas**. São Paulo: Loyola, 2011. p. 131

²³⁸ ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California, 1998. p. 112

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 176-177

²⁴⁰ CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 291

Para um recorte inicial, é necessário explicar o que vem a ser a legitimidade para Habermas para então fazer as conexões necessárias para compreensão da relação entre direito e política. A legitimidade significa que a pretensão vinculada à ordem política é reconhecida como correta e justa, contendo bons argumentos a seu favor. Ou seja, uma ordem legítima merece e é digna de reconhecimento e, portanto, de cumprimento. Trata-se de um conceito restrito às ordens políticas, que não alcançam os componentes sistêmicos, sendo a legitimidade um elemento essencial de todos os poderes que compõem o Estado. Afinal, no âmbito das democráticas contemporâneas, a legitimidade e a figura de normas legítimas são uma característica indissociável da garantia de integração social pelo ente estatal.²⁴¹

No afã de reconstruir o sistema de direitos, Habermas formula uma vinculação entre direito e política, pois a formação do direito legítimo e a aplicação dos direitos fundamentais dependem, para seu garantir seu cumprimento, do poder de sanção estatal. O Estado será responsável por proporcionar os elementos funcionais para organização do poder político e institucionalização do código jurídico, os quais são consubstanciados nos poderes de organização, de sanção e de execução de direitos pela via jurisdicional.²⁴²

Nesse ponto desponta a figura do poder comunicativo, que demonstra como a razão se torna factual, servindo de base para a liberdade comunicativa. Trata-se de um elemento que fomenta o cumprimento normativo e que aparece a partir dos procedimentos que garantem a todos os cidadãos exercerem sua liberdade comunicativa igualmente. As normas que resultam desse procedimento têm uma aceitação ampliada, ainda mais por aqueles que rejeitam a sua validade, pois poderão refutar, argumentativamente, suas razões. Em outros dizeres, a aceitação do procedimento desemboca na aceitação da norma, pois o trilho discursivo deverá abarcar os direitos de todos arguirm suas contrarrazões.²⁴³

A partir disso, o liame entre direito e política tende a se aprofundar, na medida em que as sociedades pós-convencionais são alcançadas, consoante a relação de interdependência entre a produção do direito legítimo e a autonomia política do cidadão. Este vínculo envolve a cooriginalidade entre direito e poder comunicativo, conceito este que Habermas absorve de Hannah Arendt. Logo, o poder administrativo do Estado deve estar legitimado no poder comunicativo, decorrente do uso público da razão. É que para Arendt, diferentemente de Max

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2016. p. 380-382

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 185-186

²⁴³ GÜNTHER, Klaus. Communicative freedom, communicative power and jurisgenesis. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. (Orgs.). **Habermas on law and democracy**: critical exchanges philosophy, social theory, and the rule of law. California: University of California, 1998. p. 238-252

Weber, o poder não decorre da violência, mas sim de uma vontade comum estruturada no âmbito das esferas públicas e que induz a concepção do direito legítimo.²⁴⁴

Como afirma o frankfurtiano:

O sistema político constituído com base no Estado de direito é, de um lado, especializado na produção de decisões coletivamente vinculantes e, nessa medida, forma apenas um entre outros sistemas parciais. De outro lado, a política, em razão de sua conexão interna com o direito, continua responsável pelos problemas que atingem a sociedade em seu todo. As decisões coletivamente vinculantes devem, simultaneamente, poder ser interpretadas como efetivação de direitos, segundo a qual as estruturas de reconhecimento da ação orientada ao entendimento se transferem, pelo médium do direito, do âmbito das interações simples às relações abstratamente mediadas e anônimas entre estranhos.²⁴⁵

Neste vértice, Habermas trabalha com a figura das esferas públicas autônomas, pois não são produzidas ou mantidas pelo sistema político com fins de legitimidade. A origem dessas esferas é espontânea e reside na prática comunicativa do dia a dia, com fundamento nos potenciais de racionalidade, de auto-organização e de autorreflexão da sociedade. Assim, na medida em que o mundo da vida retoma o controle dos impulsos sistêmicos, é elaborado um novo formato para as esferas públicas, o que permite a Habermas reconstruir a maneira que a integração social é realizada pelo direito.²⁴⁶

A autonomia dessas esferas públicas dependerá da presença de associações sociais características da sociedade civil e de um mundo da vida racionalizado. Essas estruturas atuam na periferia do poder e visam aproximar o poder administrativo do Estado ao poder comunicativo da sociedade. Isso é feito através da identificação de problemas de integração social que tenham natureza política e do desenvolvimento comunicativo de sua solução. Isto rompe com o modo de operação hermético dos padrões operacionais que seguem rotinas pré-estabelecidas no núcleo dos sistemas políticos, os quais tendem, muitas vezes, a ignorar o potencial de legitimidade decorrente de uma cidadania ativa.²⁴⁷

É este o grande desafio do projeto empenhado por Habermas e que está no desenvolvimento da esfera pública como lócus de uma democracia deliberativa procedimental. Cabe à esfera pública, enquanto instituto, fazer com que o cidadão supere a visão competitiva da política característica das democracias ocidentais, que deverá ceder lugar

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 198-200

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 488

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 505-507

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 454-457

ao debate público e racional. De outro lado, também incumbe à esfera pública coibir a contaminação do sistema político pelo código poder e dinheiro. Para tanto, faz-se necessário o desenho de um sistema com duas camadas, uma central e outra periférica. A primeira será ocupada pelas instituições da democracia representativa, enquanto a segunda partirá da formação da opinião pública que advém das esferas públicas.

De sua vez, a opinião pública é uma construção gradativa, vinculada ao surgimento da sociedade civil burguesa, e decorrente da ânsia dos cidadãos particulares contribuírem para formação de algo público. Aliado a isto vem a difusão de associações e publicações políticas, que possibilitam a realização de reuniões informais, as quais se davam nos mais diversos tipos de ambiente.²⁴⁸ É na figura das esferas públicas e da opinião pública que Habermas encontra o elemento necessário para superar o pessimismo de Horkheimer e Adorno e proporcionar um projeto emancipatório alicerçado no uso público da razão e na racionalidade comunicativa.²⁴⁹

Em um mergulho na história, a relação entre público e privado remete à antiguidade clássica. O vocábulo público refere-se a dar publicidade, tornar algo público, permitir que o sujeito forme uma opinião sobre determinado tema. Essa perspectiva não se confunde com a acepção de “público-estatal”, que pode ser utilizada para tratar do poder público do Estado. Na Grécia antiga, os cidadãos iguais e livres eram aqueles que detinham alguma espécie de riqueza e que, por tal razão, podiam se dedicar à atividade política no denominado ócio produtivo.²⁵⁰

Por isso que a esfera pública do período clássico representava a liberdade de não estar subjugado a nenhuma servidão. Dentro dessa esfera os pares iguais digladiavam entre si para firmar sua individualidade e superioridade dos demais. E nestas atividades, os diálogos entre os cidadãos livres ocorriam na forma de conselho ou tribunal, sem necessariamente ter vinculação a um local específico, onde a razão maior era ser consagrado vencedor do debate.²⁵¹

O desenvolvimento da esfera pública na modernidade está vinculado à burguesia do século XIII e anda lado a lado com a evolução do capitalismo, pois o modelo de circulação de notícias da imprensa foi desenvolvido em paralelo ao de circulação de mercadorias. A partir do século XVII, com o caráter público da imprensa e a ampliação das atividades de correio, a

²⁴⁸ CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 277-279

²⁴⁹ VOIROL, Oliver. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. **Cadernos de filosofia alemã: crítica e modernidade**. São Paulo, v. 11, p. 33-56, jun. 2008. p. 35-36

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014. p. 94-96

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014. p. 96-97

divulgação de notícias toma maior dimensão, pois até então, era completamente restrita aos que a comercializavam. Com a ascensão do capitalismo mercantil, a sociedade civil é constituída como a outra face da autoridade, já que as questões econômicas passam a ser desenvolvidas mais livremente no âmbito da esfera pública.²⁵²

Se no período medieval a esfera pública ficou impregnada pela homogeneidade da religiosidade cristã, a ascensão da burguesia promove uma cisão entre vida pública e privada e isto leva a um novo ambiente profícuo para abordagem de questões comuns aos homens. Habermas comenta que o feudalismo da idade média continha uma esfera pública incipiente, que servia para dar publicidade aos atos reais, como um instrumento de representação pública da dominação. Portanto, a esfera pública daquele período não se mostrava como uma construção verdadeiramente social, mas sim como uma instituição representativa do poder feudal.²⁵³

O grande marco histórico de retomada do espaço público ocorre com as revoluções francesa e americana., cuja força motriz reside na fungibilidade da propriedade. É que as coisas vão perdendo gradualmente seu caráter imóvel e se transformam em bens móveis e consumíveis, afinal, a propriedade originária da atividade humana. Não obstante, a propriedade também remete aos limites que separam o público e o privado, pois, no núcleo de sua propriedade, o homem retém sua individualidade e privacidade, sendo um abrigo para a publicidade do mundo público.²⁵⁴

A esfera pública liberal vem colher elementos que subsidiam a legitimidade política de uma deliberação contida pelas amarras moral e política. A epistemologia desta circunscrição remonta à ideia de bem, objeto do debate entre poder público e indivíduo: o debate é restrito para tratar das divergências quanto à concepção de bem a ser adotada, em especial quando o Estado diverge da sociedade.²⁵⁵

O problema deste tipo de esfera é que seu desdobramento recai na exclusão de grupos não expressos no jogo político majoritário, ou ainda de grupos que não compartilhem da posição vencedora. Na verdade, o próprio debate com o Estado sobre qual entendimento de

²⁵² HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014. p. 114-123

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014. p. 101

²⁵⁴ BENHABIB, Seyla. Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition and Jürgen Habermas. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 75

²⁵⁵ BENHABIB, Seyla. Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition and Jürgen Habermas. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 82-85

bem deve prevalecer demonstra, por si, só um paternalismo legal, consequência imediata da exacerbação do liberalismo. Por outro lado, também não se pode admitir uma esfera pública exclusivamente comunitarista, pois iria descambar em uma piora da situação destes grupos, ante uma potencial ditadura das maiorias.

Habermas reconstrói a esfera pública a partir da pragmática universal, atrelando o instituto ao projeto político desenvolvido em torno da ação comunicativa e do entendimento mútuo. Isto permite ao frankfurtiano aplicar a esfera pública como um produto da auto-organização social, já que a sociedade passa a administrar a si mesma, através da legislação baseada na vontade coletiva. Essas reformulações são feitas na medida em que o projeto habermasiano vai amadurecendo. Assim, o modelo de autorregulação ocupa o espaço da diferenciação sistêmica do mundo social, o que insere o poder comunicativo como forma de controlar as interferências dos sistemas na cooperação comunicativa.²⁵⁶

O engrenamento entre as esferas públicas e a política se dá pelo modelo de circulação do poder político. Isto possibilita uma estrutura teórica na qual o elemento público inicia o processo crítico de comunicação pública através das organizações que o mediam. Ainda, as esferas públicas fornecem um norte consensual para a competição entre os interesses plurais, o que é feito por intermédio do potencial residente nas comunicações diárias, se realizadas sob a égide do agir comunicativo.²⁵⁷

A esfera pública, em sua faceta política, proporciona as condições comunicativas sob as quais pode ocorrer uma formação discursiva da opinião dos cidadãos, consubstanciada na mobilização política e no emprego da força produtiva da comunicação. Isto gera um espaço interessante para regulação racional dos interesses comuns que servem de pano de fundo aos conflitos sociais. Somente assim será possível represar as tentativas de colonização sistêmicas do mundo, criando uma linha de equilíbrio frente à tensão das forças de integração social do agir comunicativo com as forças que advêm do sistema poder e dinheiro.²⁵⁸

A ideia aqui é inserir uma nova faceta na soberania popular, coadunada com os fluxos advindos do poder comunicativo dos discursos públicos. Tais discursos trazem tópicos relevantes para a sociedade, interpretam valores e permitem construir as respostas para uma série de problemas. A satisfação das necessidades normativas se dará sob o ponto de vista de

²⁵⁶ VOIROL, Oliver. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. **Cadernos de filosofia alemã: crítica e modernidade**. São Paulo, v. 11, p. 33-56, jun. 2008. p. 37-41

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 441

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 444-447

razões minimamente aceitáveis. Não se trata de substituir a lógica interna dos sistemas administrativos, mas sim de preencher o vácuo de poder simbólico do próprio povo.²⁵⁹

Trazendo um conceito inicial, Habermas explica no que consiste a esfera pública:

Até agora, falou-se em geral da esfera pública como uma estrutura comunicativa enraizada no mundo da vida por intermédio de sua base na sociedade civil. A esfera pública política foi descrita como caixa de ressonância para problemas que teriam de ser elaborados pelo sistema político porque não encontrariam resolução em nenhum outro lugar. Nessa medida, a esfera pública é um sistema de alarmes com sensores não especializados, mas sensíveis para toda a sociedade. Da perspectiva toda teoria da democracia, a esfera pública, além disso, tem de reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, não somente perceber e identificar problemas, mas também tematizá-los de forma convincente e influente, muni-los com contribuições e dramatizá-los para que possam ser assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.²⁶⁰

Aprofundando os dizeres habermasianos, a esfera pública é um fenômeno social que não se restringe a uma instituição ou organização, pois carece de estrutura normativa que diferencie os papéis desempenhados pelos cidadãos. Igualmente, a esfera pública também não se comporta como um sistema, pois seu horizonte é aberto e móvel. Trata-se, na verdade, de um espaço social materializado como uma rede comunicativa, cuja reprodução está enraizada no agir comunicativo. É a esfera pública que filtra os fluxos comunicacionais, sintetiza os conteúdos, traz as tomadas de posição e opiniões, promovendo a reunião, desses elementos, na opinião pública.²⁶¹

Com efeito,

A esfera pública é apenas do ponto de vista formal um lugar da igualdade, isto é, o status legal igual que possuem todo cidadão e toda cidadã num estado determinado ainda não significa que estes disponham das mesmas possibilidades de influenciar os processos de formação da opinião e da vontade.²⁶²

As esferas públicas podem ser descritas como metáforas arquitetônicas que remetem à infraestrutura empregada na realização do espaço discursivo e cuja principal característica está na abertura para o diálogo sobre as tematizações que são postas. Esses lócus vão compreender tanto as manifestações físicas quanto aquelas virtuais, que viabilizam o processo

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. In: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 452

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 457

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 458-459

²⁶² HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, pp. 85-102. mar. 1997. p. 96

de tomadas de decisão. Isso inclui, no campo virtual, o pelo papel desempenhado pela mídia.²⁶³

As posições assertivas dos participantes das esferas públicas são elaboradas com fundamento nas propostas apresentadas, nos posicionamentos assumidos e nas informações colhidas. Esses elementos são reunidos em uma opinião pública dinâmica, cujo conteúdo não é fruto de uma junção de opiniões individuais, mas sim de um processo público de comunicação que segue regras comuns. Isto é o que permite auferir a racionalidade comunicativa do discurso e a qualidade da opinião pública formada, pois, deve ser analisado o procedimento utilizado no ingresso de todos os argumentos que possam esclarecer a temática.²⁶⁴

No bojo das esferas públicas, pode-se fazer presente uma rede de influências, na qual há luta de grupos que exercem influência política através de esferas públicas especiais. O objetivo destes oradores, ao tomar o palco, é convencer seu público, composto por cidadãos que precisam ser convencidos e que também podem e devem convencer. Outrossim, estão excluídos da categoria de atores os grupos de interesse, cuja ação é regida pelo sistema poder/dinheiro e que pretendem manipular a opinião pública para seu próprio benefício.²⁶⁵ Prevendo as possibilidades de corrupção da esfera pública, Habermas elabora o seguinte um antídoto:

[...] precisamos distinguir atores que emergem do público, por assim dizer, participando da reprodução da própria esfera pública, de atores que ocupam uma esfera pública já constituída afim de utilizá-la. Isso vale, por exemplo, para os grandes grupos de interesse, bem organizados e inseridos em sistemas sociais funcionais, os quais exercem influência no sistema político pela esfera pública. Esses grupos, todavia, não podem fazer um uso manifesto na esfera pública de seu poder de sanção, sobre o qual se apoiam em negociações reguladas publicamente ou em tentativas não públicas de pressão. [...] Em todo caso, as contribuições de grupos de interesse estão expostas a um tipo de crítica ao qual contribuições de outras procedências não se expõem. Opiniões públicas que só podem ser defendidas graças à intromissão não declarada do dinheiro do pó poder organizacional pedem sua credibilidade logo que essas fontes de poder social se tornam públicas. Opiniões públicas se deixam manipular, mas não poder ser publicamente compradas ou extorquidas.²⁶⁶

O público que participa das esferas públicas advém da sociedade civil e compreende as pessoas que serão atingidas pelos efeitos daquela discussão, expondo, a partir de sua

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 459-460

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 461

²⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 460-461

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 462-463

experiência privada, quais os custos e as consequências de um ou outro posicionamento. Afinal, “os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida”.²⁶⁷

São essas as pessoas, enquanto cidadãos e membros da sociedade, que demonstram a repercussão dos problemas sociais em suas vidas privadas e trazem a sua percepção da realidade para a esfera pública. Em outras palavras, há um acoplamento comunicacional entre as esferas privadas do indivíduo e a esfera pública, permitindo o amplo exercício de sua autonomia política enquanto cidadão.²⁶⁸

Com efeito, Habermas compreende a sociedade civil como todos os movimentos, organizações e associações com capacidade de transmitir os fluxos comunicacionais que surgem na esfera privada e direcioná-los para a esfera pública. Ainda, é a sociedade civil que promove a institucionalização dos discursos ao transformar as soluções produzidas pelos cidadãos em assuntos de interesse geral que são passíveis de interpretação pública. Novamente, são excluídos da sociedade civil os meios de comunicação de massa, ante a possível dominação que proporcionam das esferas públicas, a partir da veiculação de informações que atendam a grupos de interesse que agem estrategicamente.²⁶⁹

Com a esfera pública, Habermas encontra o médium entre a sociedade civil, as esferas privadas dos cidadãos que a compõem e o sistema político. De outro lado, as esferas públicas também servem de médium entre o mundo da vida e o Estado. As esferas públicas fazem fronteira com o sistema político, que deverá coletar todo o influxo comunicativo advindo da sociedade civil. Junto às esferas públicas informais, que possuem alta porosidade na absorção de temas cotidianos, também estão aquelas constituídas por atores coletivos que dispõem naturalmente do poder de organização. Nessa última categoria estão os já mencionados grupos de interesse, os movimentos sociais identitários, a mídia e os conglomerados da indústria cultural.²⁷⁰

Nos dizeres do frankfurtiano:

O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do reconhecimento mútuo e que possibilitam o uso

²⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 463

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 464

²⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 465-466

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 474-478

das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (*Grunde*) e informações livremente flutuantes. [...] Quando um público entra em movimento, ele não marcha, mas oferece um espetáculo de liberdades comunicativas anarquicamente desprendidas (*entfesselt*). Nas estruturas das esferas públicas simultaneamente descentradas e porosas, os potenciais críticos pulverizados podem ser agrupados, ativados e reunidos. Para isso é necessária uma base de sociedade civil. Movimentos sociais podem então conduzir a atenção para determinados temas e dramatizar certos aportes. [...] Uma esfera pública liberal necessita naturalmente de uma vida associativa livre, de um poder da mídia refreado e da cultura política de uma população habituada à liberdade; necessita do concurso de um mundo da vida mais ou menos racionalizado.²⁷¹

Sob a ótica jurídica, as esferas públicas são protegidas pelos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos, que necessitam da liberdade de reunião, da liberdade de associação e da liberdade de pensamento para poder fazer o juízo de validade sobre as tematizações são veiculadas. É através da relação de interdependência entre o sistema político e o direito que as manifestações oriundas da esfera pública podem influenciar o núcleo do poder estatal.²⁷²

Isso é explicado da seguinte maneira:

a "influência" das opiniões concorrentes na esfera pública e o poder comunicativo formado no horizonte da esfera pública conforme procedimentos democráticos só podem se tornar efetivos se atuarem sem intenções de conquista sobre o poder administrativo, programando-o e controlando-o. [...] Hoje, as matérias que carecem de regulamentação são freqüentemente de um tipo que não permite ex ante regulamentação suficientemente definida pelo legislador político. Nestes casos, cabem à administração e à justiça tarefas de concretização e complementação que exigem antes discursos de fundamentação e aplicação. Esta atividade legislativa paralela e implícita também necessita, entretanto, se deve ser legítima, de outras formas de participação. Uma dose de formação democrática da vontade tem então de migrar para dentro da própria administração; o judiciário, por sua vez, que implementa o direito, tem que se justificar diante de foros ampliados da crítica jurídica.²⁷³

O percurso dos influxos comunicacionais tem início nas tematizações da vida privada sobre de questões de grande relevância social e são captados pelos sensores das esferas públicas periféricas externas. Com isso, esses influxos vão ganhando eco ao adentrar nas associações e grupos interessados que compõem a periferia interna, como clubes, universidades, grupos profissionais, por exemplo. Dentro desses espaços a matéria discutida é amadurecida e lançada aos meios de comunicação de massa, fazendo com que sejam notados

²⁷¹ HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, pp. 85-102. mar. 1997. p. 93

²⁷² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 465-472

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, pp. 85-102. mar. 1997. p. 88

pelo centro, composto pela administração pública e pelos partidos políticos.²⁷⁴ Como afirma o frankfurtiano: “para que os cidadãos possam exercer influência sobre o centro, isto é, parlamento, tribunais e administração, os influxos comunicativos vindos das periferias têm que ultrapassar as eclusas dos procedimentos democráticos e do Estado Constitucional”²⁷⁵.

Ainda que a interlocução entre Estado e cidadão seja capaz de formular o direito legítimo, Habermas considera que a lei é um instrumento ambivalente quando se trata da vontade política. Todavia, o frankfurtiano, ainda sim, aposta neste modelo como forma de influenciar a administração pública, em especial na consecução das políticas públicas que correspondem às necessidades do cidadão. Dessa forma, Habermas consegue justificar uma maior participação do cidadão para fazer correr o poder comunicativo até chegar no Estado.²⁷⁶

O cidadão, ao sinalizar o que lhe é imprescindível, exerce uma influência legítima no sistema político, valendo-se da opinião pública para dar uma previsão ao Estado quanto às políticas que precisam ser efetivadas. Isto contribui para manutenção do poder administrativo ao permitir que as “esperanças e ânsias do cidadão sejam atendidas, respeitando os limites dos próprios direitos fundamentais”. Daí pensar no poder comunicativo do cidadão como um elemento “indissociável do Estado Democrático de Direito”.²⁷⁷

O projeto habermasiano enfrenta críticas, afinal, as esferas públicas também precisam considerar, em suas relações discursivas, o reconhecimento dos falantes. Há o desenho de uma relação política que abarca tanto o sujeito consigo próprio quanto em relação ao outro. A consequência direta está na consideração do valor que o agente possui, gozando de uma integração que engloba suas pretensões morais de reconhecimento. Daí a projeção da autonomia do sujeito como um dos produtos do senso de integridade e da reafirmação da sua própria especificidade.²⁷⁸

Será Axel Honneth que realizará esse retorno ao projeto habermasiano, com a percepção de que a esfera pública é um produto das lutas sociais, através das reivindicações dos processos de reconhecimento. Afinal, a deliberação pública somente vai encontrar condições para prosperar quando as expectativas de reconhecimento dos sujeitos são

²⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 481-483

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 47, março 1997, pp. 85-102. p. 87

²⁷⁶ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 137-140

²⁷⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 74

²⁷⁸ VOIROL, Oliver. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. **Cadernos de filosofia alemã**: crítica e modernidade. São Paulo, v. 11, p. 33-56, jun. 2008. p. 45-46

preenchidas.²⁷⁹ Em essência, a busca de Honneth está na formação de uma identidade saudável e na denúncia aos processos de distorção que são opostas aos processos de identificação e de formação de uma personalidade autêntica.²⁸⁰ O projeto teórico de Honneth, em sua essência, não é antagônico ao de Habermas, mas sim complementar, ante o emprego de uma lente de mundo menos fragmentada e desprovida do universalismo unilateral habermasiano. Em última instância, as críticas de Honneth permitem balancear o construto habermasiano.²⁸¹

Ademais, também existe a crítica quanto à ausência de um caráter substantivo na teoria habermasiana e seus reflexos em um possível engajamento quanto às questões de desigualdade social. Com efeito, Habermas reconhece a importância da democracia deliberativa alcançar essa temática, todavia, o frankfurtiano opta por não tratar diretamente do assunto. Afinal, o frankfurtiano, aposta que os próprios cidadãos que devem selecionar os assuntos para serem tematizados nas esferas públicas. Por isso que não cabendo aos filósofos antecipar ou se apropriar do debate, nem muito menos dizer quais questões devem ser abordadas nas esferas públicas. Dessa maneira os conteúdos das deliberações devem ser enfrentados por opção dos cidadãos, inclusive os de distribuição de direitos. A ideia aqui é evitar possíveis distorções no uso público da razão, o que, em outras palavras, significa que os filósofos devem “se despirem de seus papéis e entrarem na briga como cidadãos”.²⁸²

Ante todo o exposto, a linha conclusiva é que a cidadania ativa corresponde a um elemento chave para debater a democracia deliberativa. Afinal, o cidadão, enquanto membro de uma sociedade organizada, é o destinatário de toda a produção administrativa do Estado. Trata-se de uma relação multifacetária baseada nos direitos fundamentais: o sujeito tem um âmbito de proteção contra intervenções estatais arbitrárias, é credor de políticas públicas que concretizem garantias constitucionais e, por fim, pode influenciar a formação estrutural do Estado a partir do uso dos direitos políticos. O modelo de circulação do poder comunicativo e sua conversão em poder administrativo devem ser institucionalizados no nível constitucional, se transformando em verdadeiro direito fundamental do cidadão, cujo exercício se dá para complementar o exercício do sufrágio universal.

²⁷⁹ VOIROL, Oliver. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. **Cadernos de filosofia alemã: crítica e modernidade**. São Paulo, v. 11, p. 33-56, jun. 2008. p. 50-52

²⁸⁰ CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 286-287

²⁸¹ CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 285-286

²⁸² CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 280-281

A racionalidade comunicativa do direito, conforme elaborada por Habermas, traz um imperativo à emancipação humana. O frankfurtiano traça a conexão entre direito, política e sociedade civil, condicionando a legitimidade do primeiro aos procedimentos democráticos radicados na ação comunicativa. Daí decorre a afirmação de que a proposta habermasiana é ancorada em um modelo radical de democracia deliberativa, apostando nas relações comunicativas triviais, oriundas do dia a dia, para sua concretização.²⁸³

Ainda que a teoria habermasiana encontre julgamentos por parte de outros filósofos, o núcleo procedimental desenvolvido pelo frankfurtiano permanece convidativo para o emprego no exame científico. São exemplos disso as ramificações intersubjetivas de Axel Honneth, com a luta por reconhecimento a partir da dialética hegeliana, e de Rainer Forst, com o direito à justificação em uma releitura kantiana.²⁸⁴ Vale destacar que este exame não pretende ingressar nos críticos de Habermas, tendo em mira possuir um objeto de pesquisa específico.

Ademais, a Teoria Crítica pretende resolver as questões que gravitam em torno das patologias sociais experimentadas pela sociedade, com cada um dos seus membros oferecendo diferentes soluções e tratando dos problemas sob diferentes perspectivas.²⁸⁵ Com Habermas, não seria diferente, afinal, toda a construção feita entre as obras Teoria da Ação Comunicativa e Facticidade e Validade pretende endereçar as problemáticas em torno do Estado de bem-estar social e os mecanismos para superar a colonização do mundo da vida.²⁸⁶

Tendo sido palmilhado todo o percurso da razão comunicativa, desde sua origem até a relação entre direito e política, cabe agora buscar compreender como se dá o procedimento de aplicação do direito através da jurisdição. Isso será possível porque, na presente seção, foram objeto de análise os elementos teóricos que formam a teoria do agir comunicativo e que se farão necessários para o desenvolvimento desta tese.

Neste afã, o próximo capítulo desta pesquisa irá abordar quais são os paradigmas políticos e jurídicos identificados por Habermas e como se dá o desenvolvimento do direito no eixo procedimental. Será dada uma ênfase especial aos processos interpretativos de aplicação das normas jurídicas pela jurisdição, para a compreensão do modelo decisório de

²⁸³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 260-262

²⁸⁴ BLOTTA, Vitor Souza Lima. **O direito da comunicação**: uma nova Teoria Crítica do direito a partir da esfera pública política. São Paulo: Fiuza, 2013. p. 532-537

²⁸⁵ HONNETH, Axel. Uma patologia social da razão: sobre o legado intelectual da Teoria Crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 412-413

²⁸⁶ ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 148

Habermas. O objetivo maior é verificar quais são os requisitos são trazidos, pelo frankfurtiano, para as decisões judiciais e para o próprio processo civil. Somente com o cumprimento dessas duas etapas iniciais, a cumprida neste capítulo e a subsequente, é que será possível direcionar esforços a uma reconstrução da cooperação processual no âmbito do direito processual civil vigente no Estado brasileiro.

3 A PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

3.1 OS PARADIGMAS DO DIREITO NA TEORIA DE HABERMAS

Tendo a seção anterior se ocupado dos elementos teóricos formadores da racionalidade comunicativa e do elo entre direito, política e ação, este capítulo se propõe a explicar a aplicação do direito por intermédio das decisões judiciais. Para situar a questão central desta pesquisa, é importante elucidar como ocorre o processo interpretativo na teoria de Jürgen Habermas e quais são os requisitos, trazidos pelo modelo procedimental, tanto para a decisão judicial quanto para o direito processual.

A partir das considerações realizadas neste capítulo é que será possível acessar todos os elementos do marco teórico necessário para a análise da sistemática processual brasileira e subsequente reconstrução da cooperação processual. Nessa trajetória será objeto de compreensão a contextualização da racionalidade comunicativa na aplicação do direito e as hipóteses que lhe são características. Para tanto, o exame se fará em diferentes etapas, seguindo o percurso teórico daquilo que é proposto pelo frankfurtiano na obra *Facticidade e Validade*. Será dada especial ênfase ao quinto e ao nono capítulos do livro, que tratam, respectivamente, da racionalidade da jurisprudência e dos paradigmas do direito.

A primeira etapa dará continuidade ao projeto habermasiano para o direito e abordará como é a operacionalização do sistema jurídico sob o eixo procedimental, considerando o contraponto deste viés com as vertentes liberal e social. Ato contínuo, na segunda parte, irá tratar da problemática da interpretação e formação da decisão, como vista por Habermas, a partir da indeterminação do direito e de sua necessária correção. Disto, na terceira etapa, serão palmilhadas as teorias de Ronald Dworkin e de Klaus Günther, enquanto juristas que influenciaram o pensamento habermasiano. Por fim, será analisada a própria teoria da decisão judicial, reconstruída por Habermas, a partir do modelo procedimental. Nesta última etapa, também haverá observância do elo entre a prática interpretativa com o papel desempenhado pelos procedimentos do direito processual.

O objetivo desta seção será compreender como a metódica de interpretação jurídica habermasiana é desenvolvida dentro daquilo que é esperado pela reconstrução da teoria da decisão judicial pelo agir comunicativo. Desta feita, o primeiro ponto de análise estará na distinção entre os paradigmas jurídicos liberal, social e procedimental, enquanto ferramentas que permitem compreender a estrutura do direito vigente em um determinado tempo e sob determinadas circunstâncias.

A faceta jurídica da teoria de Habermas e as questões em torno da aplicação do direito envolvem a estrutura do Estado, a partir da sua vertente ideológica. Por tal razão, há de se comparar o papel do direito no caminho ideológico de cada modelo estatal. É que a teoria de Habermas faz uma imbricação entre a legalidade e a legitimidade, a qual tem como consequência a produção do direito legítimo depender de uma autoridade reconhecida para tanto.²⁸⁷ Tanto a legalidade quanto a legitimidade podem proporcionar a validade do direito, sendo necessário observar os procedimentos de legitimidade que são derivados da ação comunicativa.²⁸⁸

Portanto, para lograr êxito na compreensão do modelo procedimental é necessário adentrar nas características que fazem parte dos Estados liberal e social. Como afirma Habermas, tratam-se de paradigmas concorrentes, que já foram testados no curso da história e cujas experiências devem ser absorvidas para dar azo à perspectiva procedimental. Pela abordagem procedimentalista é que será verificada a aplicação de todo o aparato discursivo dentro do direito, como debatido no capítulo anterior.

A relevância de estudar cada um desses paradigmas jurídicos é reforçada pelo próprio frankfurtiano, que afirma que tais paradigmas tratam de um “pano de fundo não temático” cuja existência “intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.”²⁸⁹ Logo, cumpre realizar a análise de cada uma dessas vertentes, com uma rápida pontuação em torno da aplicação do direito em cada período e no papel desempenhado pelo poder judiciário.

3.1.1 O enfoque liberal

Verificando o contexto histórico vigente entre o século XIX e os primeiros momentos do século XX, a visão predominante era de que apenas o cidadão com posses era membro da sociedade civil. Essa autossuficiência e essa autonomia eram tuteladas, pois sua liberdade era contra o Estado, consoante somente a sociedade ser capaz de orientar seus próprios interesses. Afinal, não pode o Estado intervir, injustificadamente, na esfera privada dos seus administrados. Questões econômicas e culturais ficavam ao largo das atribuições

²⁸⁷ BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-149

²⁸⁸ BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165-167

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 499-500

estatais, cujo papel era reduzido ao poder de polícia para a manutenção da propriedade privada.²⁹⁰

Historicamente, tem-se aí a figura do Estado liberal, que ascende logo após a queda do absolutismo, sendo um período caracterizado, principalmente, pela positivação das liberdades individuais. O movimento se inicia na Inglaterra, em 1689, com a *Bill of Rights* e se espalha para os Estados Unidos, com a Independência das Treze Colônias, e para a França, com a Revolução Francesa. De caráter individualista, o liberalismo coloca em primeiro plano as liberdades individuais, como dito anteriormente, buscando nos textos constitucionais, a separação entre sociedade e Estado.²⁹¹ Nesse período, a figura da Constituição foi reduzida a um mero catálogo de técnicas de limitação do poder estatal.

Portanto, o direito do Estado liberal é predominantemente privado, tratando-se de um sistema fechado, autônomo e que fica fora da alçada constitucional. Essa divisão é enfatizada de modo a resguardar a própria divisão entre sociedade civil e Estado. É neste período que há primazia dos direitos de *status negativo*, cujo cerne está na tutela das liberdades individuais.²⁹² Logo, as Constituições eram, antes de mais nada, um grande catálogo que deveriam ser respeitadas pelo Estado, de modo a não interferir, injustificadamente, na liberdade do cidadão. Esses direitos fundamentais têm o condão de impor abstenções ao Estado, formando trunfos contra as intervenções que não decorram da lei.²⁹³

Esse modelo imprime o conceito do que Habermas denomina de “direito formal ou direito burguês”, porquanto trata quase que exclusivamente das liberdades contratuais. Assim é conferido a todos os homens um princípio universal que preconiza um tratamento igualitário, o que se manifesta no suposto equilíbrio social existente no direito de contratar e no direito de adquirir propriedade. Pela ótica dos liberais, essas categorias de direitos seriam suficientes para garantir a plena distribuição de direitos.²⁹⁴ É algo próximo do princípio universal de Kant, o qual considera que todos os homens têm iguais oportunidades de liberdade.²⁹⁵ Na análise de Habermas:

²⁹⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56

²⁹¹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-136

²⁹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 499-500

²⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49-50

²⁹⁴ NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 273-274

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 504-505

O direito privado clássico enxergava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou deixar de fazer o que se quer, suficientemente garantida pelos direitos da pessoa e da proteção contra delitos, sobretudo por meio da liberdade contratual (especialmente para o intercâmbio de bens e serviços) e do direito de propriedade (com as garantias conexas ao uso e à disposição, também relativas à herança) em conexão com as garantias institucionais ao casamento e à família.²⁹⁶

Outra característica que salta aos olhos no período assinalado é a maneira com a qual a separação de poderes é abordada. Trata-se de um dogma sagrado do modelo liberal, cuja previsão se faz presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e que representa uma verdadeira técnica de limitação ao poder estatal. A separação dos poderes, no prisma histórico, pode ser vista como um grande triunfo do liberalismo que formatou o direito burguês, servindo como ferramenta para combater toda e qualquer opressão política que emanasse do Estado, tornando o mercado livre para se desenvolver.²⁹⁷

Em termos históricos, esse princípio surge ao longo do século XVIII com a doutrina de John Locke como percussora, com a previsão de três poderes: legislativo, executivo e federativo. O poder legislativo produzirá as leis com supedâneo na soberania popular e é responsável pela legalidade que irá limitar os demais poderes. Já o poder executivo irá administrar o governo e aplicar as leis, nos termos do que é determinado pelo legislativo. Por fim, o poder federativo atuará no âmbito das relações internacionais e se manifestará na capacidade de o Estado declarar guerra ou paz.²⁹⁸ Todavia, a versão da separação dos poderes que será adotada é a de Montesquieu, a qual é paulatinamente agregada aos documentos constitucionais produzidos no período.²⁹⁹ Na condição de princípio determinante da organização política, a separação dos poderes divide as duas funções do Estado, as quais compreendem a criação e a aplicação do direito.³⁰⁰ Assim, os poderes são divididos entre legislativo, cuja outorga está na elaboração das leis; executivo, ao qual cabe administrar o Estado; e, por fim, o judiciário, que detém a função jurisdicional.

Neste diapasão, a atuação do poder judiciário era bastante limitada, em face da desconfiança do vínculo que existia entre os magistrados e os nobres. Por isso, as técnicas interpretativas tornavam o juiz refém da legislação, pois os documentos legislativos eram a

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 502-503

²⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63-71

²⁹⁸ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco Correia. (Org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rosseau, 'O federalista'. São Paulo: Ática, 2006. p. 86-87

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 144-148

³⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 385-386

máxima expressão da razão. Daí o surgimento da escola exegetica, cujas anotações comentavam as regras presentes no Código Civil francês. Ademais, no período também eclodiram a escola histórica, alicerçada no emprego dos costumes, e o positivismo jurídico, centrado na análise objetiva e metódica das normas.³⁰¹

A ruptura do Estado liberal é deflagrada pela percepção de que a liberdade, por si só, é insuficiente para suprimir as situações de arbítrio e dominação, a exemplo dos métodos de exploração econômica presentes na Revolução Industrial. Disto surge a necessidade de formular garantias adicionais para a liberdade, na forma de conquistas sociais e econômicas, o que altera drasticamente o paradigma liberal.³⁰² Nesse sentido, Habermas justifica a implosão do liberalismo burguês ao perceber que não há uma isenção de poder no âmbito do mercado e da sociedade econômica, a despeito do modelo liberal apregoar uma liberdade jurídica. Isso impõe mudanças necessárias, que começam a ser gradativamente implantadas através da materialização dos direitos, o que coincide com a passagem para o modelo do Estado social e com o advento da crítica ao direito formal burguês.³⁰³

3.1.2 O arquétipo jurídico do Estado social

Com a Revolução Industrial, as mazelas do Estado liberal e o desequilíbrio social são escancarados, em especial as condições de trabalho degradantes. Esse contexto finda dissolvendo o próprio núcleo familiar, já que todos os membros, inclusive as crianças, vão buscar o trabalho fabril como forma de lutar pela mínima subsistência. De outro orbe, os detentores do poder econômico acumularam enormes fortunas e, por vezes, recorriam a práticas abusivas, como a formação de cartéis e monopólios. Tudo isso ocorreu à total revelia do poder de polícia do ente estatal, que acompanhava o cenário industrial em sua confortável impotência a dança do capital.³⁰⁴

A ideia é que o Estado de bem-estar social, ao reformar as práticas liberais, gere mudanças na sociedade com enfoque na economia social, a qual é manifestada na vinculação entre o capitalismo organizado e a burocracia estatal no combate às desigualdades sociais. Isto é efetivado por meio do conteúdo material das normas de direito privado e pela inserção dos

³⁰¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 304-306

³⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57-62

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 505-506

³⁰⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138-140

direitos sociais no rol de direitos fundamentais. Assim, não se trata de invalidar as perspectivas adotadas no curso do Estado liberal, mas promover uma reinterpretação dessas para criação de um novo paradigma para o direito.³⁰⁵

Logo, o Estado social nasce das críticas ao direito burguês e à interpretação arbitrária da liberdade vigentes até então. De fato, a divisão entre sociedade, mercado e Estado, com primazia do direito privado não é possível projetar nenhum conteúdo para o código jurídico que vá além das liberdades individuais. Em outras palavras, é reconhecer que não basta uma liberdade de ação universal, pois é preciso buscar a efetivação da justiça social. Assim, são fornecidas as condições fáticas, materiais e igualitárias que são necessárias para o verdadeiro gozo da liberdade.³⁰⁶

Este processo de materialização do direito conduz para uma nova distribuição de iguais liberdades ao se alinhar com a categoria de direitos manifestada nas prestações sociais. Afinal, de nada adianta os permissivos jurídicos da liberdade de ação se não houver um nexo com condições fáticas e materiais para o exercício da liberdade. Essa perspectiva redundante na ampliação do rol de direitos fundamentais.³⁰⁷ A esta nova categoria designa-se o *status* positivo, o qual imprime ao Estado o dever de melhorar as condições de vida do cidadão, através de políticas públicas e da oferta de bens e serviços.³⁰⁸

Vale destacar que, mesmo antes da consolidação dos direitos prestacionais, a exemplo dos direitos fundamentais de *status* positivo acima mencionados, o Estado já necessitava custear as próprias liberdades individuais, que também tem seu preço. Por exemplo, para proteger o direito à liberdade privada, o Estado tem significativos gastos públicos com todo o aparato de segurança pública, incluindo o sistema carcerário, razão pela qual o recolhimento de tributos se faz necessário. Ademais, o próprio custo das violações às liberdades individuais, enquanto direitos fundamentais de *status* negativo, acaba entrando no cálculo dos custos sociais da vida em sociedade. Daí repensar o custeio de bens públicos como uma forma de melhorar o bem estar individual e coletivo.³⁰⁹

³⁰⁵ NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 274-275

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 507-508

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 508-509

³⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 51-52

³⁰⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Company, 1999. p. 15-48

Com efeito, as modificações mais significativas foram realizadas no direito à propriedade, cujo núcleo passa a albergar direitos subjetivos de participação e de pensão. Ademais, seu exercício torna-se condicionado pela função social, destacando o viés regulatório que começa a se fazer presente e alcança até mesmo as relações contratuais. Trata-se de uma forma de compensar a fragilidade e os fracassos do mercado para aqueles que possuem uma situação de hipossuficiência. Com isto, o Estado promoverá as correções jurídicas necessárias nas relações privadas para coibir práticas assimétricas, o que é feito a partir dos postulados jurídicos contidos nos direitos fundamentais.³¹⁰

Vale salientar que o advento dos direitos prestacionais e a ênfase regulatória coincidem com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, assinalando uma eficácia horizontal para essa categoria. Essas correções no direito contratual trazem a obrigação para que os próprios particulares, em seus negócios jurídicos, respeitem os direitos fundamentais. Com isto, objetiva-se evitar abusos de poder econômico e social, tão característicos do Estado liberal.³¹¹

No campo da interpretação o interesse em torno da materialização dos direitos conduz a uma nova abordagem na aplicação das normas jurídicas, o que significa uma rejeição da vontade do legislador. Com suporte na teoria de Hans Kelsen, tem-se a busca pelo dever-ser normativo e pelas relações formais de validade e hierarquia presentes na ordem jurídica. Caberá ao intérprete autêntico, investido do poder oficial pelo Estado, formular a norma aplicável, dentre as interpretações possíveis para o caso em análise. É o que se visualiza com as consequências políticas e econômicas da Primeira Guerra Mundial.³¹²

O Estado de bem-estar social tem duas versões identificáveis, a primeira com ampla possibilidade de intervenção política no seio social e a segunda como uma entidade reguladora que ocupa um pequeno espaço de ação. Em ambas as manifestações, existe uma gangorra entre os ganhos e as perdas de competência em relação aos atores sociais. Portanto, há uma colisão entre o exercício da liberdade individual e a regulação advinda dos projetos paternalistas de contingências sociais.³¹³

Sobre os riscos do Estado de bem-estar social, destaca-se da visão de Habermas:

³¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 509-511

³¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96-101

³¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 307-309

³¹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 513-514

Um Estado social que se ocupa do cuidado e da distribuição das oportunidades de vida, isto é, que garante a cada um a base material para uma existência humana digna por meio do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, a um mínimo de recursos, à educação, ao lazer e às bases naturais da vida, correria aparentemente o risco de prejudicar com suas especificações penetrantes a autonomia que deveria promover – por meio da satisfação dos pressupostos factuais necessários ao exercício das liberdades negativas em igualdade de oportunidades.³¹⁴

O importante, na visão de Habermas, é fazer prevalecer o nexos interno entre as autonomias privada e política, garantindo a capacidade de auto-organização da comunidade e a preservação da capacidade discursiva dos destinatários da ordem jurídica nos processos de legitimidade do direito. Novamente, Habermas nos lembra de que o direito tem sua legitimidade condicionada à gênese discursiva do poder administrativo e dos fluxos comunicativos que ocorrem entre Estado e esferas públicas.³¹⁵

Daí substituir as tensões outrora mencionadas pelo diálogo proveniente da opinião pública, o que neutraliza os paternalismos e clientelismos que podem estar presentes no Estado Social. Assim, Habermas abre o caminho para discutir a questão da abordagem procedimental, a qual tem sua origem na cooriginalidade entre as autonomias privada e pública do cidadão e que o trata como um parceiro do Estado na elaboração das normas jurídicas.³¹⁶ Dito isto, a questão que se coloca é como o paradigma procedimental é formulado e qual seu alinhamento com o Estado Democrático de Direito.

Cabe dizer que a discussão se mostra válida na medida em que o Estado social deu seus últimos suspiros históricos, pois as metas assinaladas após a Segunda Guerra Mundial tiveram sua carga utópica esvaziada pela emancipação do trabalho heterônomo. O paradigma estatal mencionado depende do trabalho do cidadão, por meio do qual seu papel de cliente das políticas estatais é recompensado com o poder de compra para consumir os bens de massa. Neste cenário deveria haver um convívio tranquilo entre as forças democráticas, que preenchem o conteúdo dessas políticas, e o capitalismo mantido controlado pelas intervenções estatais.³¹⁷

Contudo, essas relações geram uma sobrecarga de poder, pois a contradição entre o objetivo de criar uma igualdade para as formas de vida e as políticas utilizadas impede a presença de espaços de liberdade de ação para a autorrealização individual. As soluções

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 514

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 515-516

³¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 516

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade**: pequenos escritos políticos V. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: UNESP, 2015. p. 217-220

ofertadas para superar essas questões passam, necessariamente, pela supressão do núcleo de obrigações impostas ao Estado. A remoção dessas obrigações tem, supostamente, o condão de resgatar a autonomia de ação e a liberdade que deveriam se fazer presentes nas formas de vida.³¹⁸

Somado a isso, o neoconservadorismo e as políticas neoliberais preconizam um retorno à valorização do acúmulo de capitais, mesmo que, em contrapartida, sejam geradas situações sociais mais precárias. As reacomodações de renda pretendidas pelos neoliberais ocorrem à expensa de grupos economicamente fragilizados. Aliado a isto, os neoliberais e neoconservadores buscam reduzir a capacidade de reivindicações sociais para privilegiar a governabilidade e favorecer o neocorporativismo. Por fim, os neoliberais e neoconservadores pregam uma cultura de índole tradicional, burguesa, religiosa e nacionalista, de modo que consideram como ameaças as esferas públicas não politizadas e que fogem a esse padrão.³¹⁹

Agora, diante do exposto, cabe ingressar no paradigma deliberativo e as soluções que oferta para a superação do Estado de bem-estar social. Habermas tem a crença no paradigma procedimental como um caminho para resolver as questões colocadas acima, tendo como aposta, novamente, o emprego do agir comunicativo no âmbito jurídico. A ideia do frankfurtiano é valorizar a legitimidade do cidadão enquanto coautor do direito a partir de sua autonomia política.

3.1.3 A razão comunicativa e o direito procedimental

Ao alinhar os elementos que compõem o paradigma procedimental do direito, Habermas pretende superar os problemas do Estado de bem-estar social, ao lançar luz à obscuridade que existe nas políticas neoliberais que ambicionam um retorno ao direito formal burguês à primazia da autonomia privada. Ao mesmo tempo, o projeto habermasiano retrata o indivíduo enquanto detentor de autonomia, como um mecanismo para seguir com o projeto socioeconômico do Estado social. A ideia aqui é manter o capitalismo sob controle para evitar a colonização do mundo da vida pelo poder econômico. Esse pressuposto é realizado através do modelo de circulação do poder comunicativo e legítimo das esferas públicas.³²⁰

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade**: pequenos escritos políticos V. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: UNESP, 2015. p. 224-226

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade**: pequenos escritos políticos V. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: UNESP, 2015. p. 227-228

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 517-518

Tanto o Estado liberal quanto o Estado social cometem um erro comum, ao tratarem da liberdade como uma simples repartição de bens. E mais, nem o Estado liberal pode permitir um exercício desenfreado de liberdade que acabe gerando opressões de terceiros. De seu turno, o Estado social não pode se valer exclusivamente de uma justiça distributiva como garantia de liberdade. Ambas as abordagens pecam por perder de vista o fator democrático, assim, é preciso repensar ambos os paradigmas para tratar da produção legítima das normas jurídicas pela participação cidadã nos processos legislativos³²¹, pois: “uma liberdade assegurada paternalisticamente significa ao mesmo tempo subtração de liberdade”.³²²

Logo, a inserção do paradigma procedimental do direito visa sobrepujar a carência dos direitos sociais como categoria explicativa e, ao mesmo tempo, atender às expectativas da sociedade que já se mostram incompatíveis com aquelas enxergadas nos tempos em que o direito formal burguês era exclusivamente privado. Isto se realiza no conceito de um cidadão cuja autonomia privada é garantida pelo exercício da autonomia pública. Ou seja, os processos de formação de direitos encontram sua âncora nos discursos públicos, característicos do uso público da razão. Essa racionalidade pública está localizada nas esferas públicas que tematizam as necessidades normativas dos destinatários.³²³

A solução para o paternalismo do Estado social frente às questões do direito materializado se dá pela possibilidade do cidadão demandar direitos subjetivos, ao estar suficientemente informado sobre a proteção que lhe é garantida. Por isso, Habermas aduz que é necessário fortalecer o conhecimento do direito, o que reforça o contrapoder dos interesses sociais. Isso é feito pela coletivização da imposição do direito e pela articulação dos interesses sociais no processo de efetivação das normas jurídicas. Aqui, o frankfurtiano faz uma aproximação com o conceito de *status activus processualis*, de Peter Häberle.³²⁴

Para Häberle, a dimensão jurídico-material dos direitos fundamentais é reforçada pelos processos democráticos e pela reserva de prestação jurídico-processual, que servem de base para as relações jurídicas do Estado prestacional plural. A ideia de Häberle está no equilíbrio dos pontos de vista plurais, formando uma concordância prática entre os direitos fundamentais e o Estado, a qual é efetivada através dos procedimentos multiestruturados do

³²¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 528

³²² HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, pp. 85-102. mar. 1997. p. 99

³²³ NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277-279

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 518-519

processo. O *status activus processualis* fornece aos direitos fundamentais sua importância constitutiva, fornecendo ao Estado a essência daquele direito a partir do procedimento. Isto imprime uma nova face aos direitos fundamentais como direitos de participação que mediam a comunicação entre os partícipes dos processos de aplicação das prestações estatais.³²⁵

Com a palavra, Habermas:

Aqui também se propõem processos e organizações para fortalecer o *status* do direito positivo do indivíduo, porém, não mais pelo caminho da imposição coletiva do direito, e sim através de modos de formação cooperativa da vontade. Para chegar à constitucionalização interna de domínios de ação, o legislador deve colocar à disposição processos e formas de organização que tornam os afetados aptos a resolver seus conflitos e pendências segundo o modelo de instâncias de arbitragem e de autogestão. Esse modelo parece substituir ou ampliar a autonomia privada do indivíduo através da autonomia social de participantes num processo.³²⁶

É daí que o direito procedimental será estruturado na teoria discursiva, com a institucionalização jurídica dos processos e dos pressupostos necessários ao exercício da comunicação. São esses elementos que proporcionarão a racionalidade da criação e da aplicação das normas jurídicas. Neste diapasão, os discursos veiculados pelos agentes terão teor argumentativo e devem ser produzidos em condições discursivas aceitáveis, sem interferências externas naquilo que está sendo discutido. Aí está o ponto de encontro das autonomias do cidadão, que terá a prerrogativa decidir seu próprio futuro, em igualdades de condições, como os demais destinatários das normas jurídicas. Isto faz cessar a dialética apregoada por aqueles que desejam o retorno do direito burguês, pois haverá o exercício da liberdade de direito e da liberdade de fato dos endereçados na implementação dos direitos sociais.³²⁷

Há uma graduação diretamente proporcional entre a integração social do direito e sua legitimidade, pois quanto mais o aparato jurídico for utilizado na regulação política e na estrutura social, maior será a necessidade de sua gênese democrática. Isto se aplica tanto para os programas políticos do legislador quanto para as decisões coletivamente impostas pelo Estado, tendo sempre o limite de respeitar as distinções entre direito e política, eis que o primeiro impõe limitações estruturais à segunda. Essa necessidade decorre de os processos

³²⁵ HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019. p. 82-86

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 519-520
 HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 522

políticos poderem sobrecarregar o direito, o que põe em risco os procedimentos vinculados à autonomia do cidadão.³²⁸

O modelo procedimental produz novas formas jurídicas, com ênfase nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, o que impacta diretamente na forma como a separação dos poderes se comporta. Habermas tem algumas preocupações, alocadas em torno da legitimidade base do judiciário, que se estendem para a fraca regulação da administração pública.³²⁹

Há de se respeitar a liturgia do direito constitucional, dado que a proteção jurídica outorgada pelo Estado precisa corresponder àquela prescrita no texto constitucional. Pelos deveres regulatórios, o Estado se vê obrigado a negociar com os sistemas funcionais, que operam no âmbito do poder e do dinheiro, o que traz riscos para a legitimidade do direito. Este cenário forma uma crise para o Estado de direito, a qual só é resolvida quando o poder administrativo caminha para o abandono da tecnocracia e se põe ao debate público com a sociedade civil.³³⁰

Dentro desse novo desenho da separação dos poderes, ao judiciário fica reservada a proteção da estrutura comunicativa que fornece as condições necessárias para a efetivação do processo democrático. Todavia, existem zonas cinzentas, que estão localizadas na interseção entre a legislação e a aplicação do direito, de modo que requerem discursos robustos, cuja legitimidade dependerá de uma argumentação especial, consoante será visto logo em seguida.³³¹ Como o legislador político não forneceu, previamente, a regulamentação, caberá ao judiciário a concretização e o desenvolvimento do direito, mediante as deliberações e os debates que se dão pelo uso público da razão. Afinal, o próprio judiciário precisará se justificar perante os fóruns da crítica jurídica, o que reforça a necessidade de uma fundamentação condizente com os pressupostos de correção e coerência do direito.³³²

Logo, com a verificação das premissas do direito procedimental ventilado por Habermas, é possível ingressar na análise de como o judiciário realiza sua atividade, através da interpretação jurídica, objeto do tópico subsequente.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 541

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 545-546

³³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 547-552

³³¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 552-555

³³² HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 152-153

3.2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PROCEDIMENTAL E A TENSÃO ENTRE CORREÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

Ao adentrar nas práticas interpretativas, Habermas muda o ponto de vista, saindo da abordagem filosófica e reconstrutiva para uma postura característica das ciências jurídicas, o que fica claro na maneira em que aborda a interpretação e as práticas jurisdicionais. Isto serve para testar as construções teóricas habermasianas em torno do direito, consoante a análise do sistema jurídico na perspectiva dos tribunais.³³³ Como afirma Habermas: “Uma vez que todas as comunicações apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para análise do sistema jurídico”³³⁴.

Isto se deve ao fato de que a teoria do direito deverá estar debruçada sobre ordens jurídicas concretas, sacando das fontes do direito aqueles elementos relevantes para a aplicação dos postulados jurídicos na realidade fática a ser ordenada. É que o próprio ordenamento jurídico deverá conter regras secundárias de aplicação que organizam as funções de adjudicação, cujo cerne está na aplicação do direito pela jurisdição. O procedimento de aplicação do direito conta com o suporte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica. É que para Habermas os sistemas regulados juridicamente produzem atos jurídicos de direito reflexivo e permitem a organização dos domínios de ação formalmente constituídos e regulados pelo direito.³³⁵

Nesse sentido, ao verificar os procedimentos de aplicação do direito, Habermas afirma que a atividade jurisdicional deve resgatar o conflito entre factidade e validade, que agora se coloca como uma tensão que nasce do cumprimento da função socialmente integradora. Esta questão se coloca entre a pretensão de legitimidade do direito, cuja máxima deve estar na aceitabilidade racional das decisões proferidas e no primado da segurança jurídica, com respeito à própria história institucional do direito que serve como pano de fundo para formação das decisões. Como afirma o frankfurtiano:

O direito válido garante, por um lado, a imposição de expectativas de comportamento sancionadas estatalmente e, com isso, a segurança jurídica; por outro, processos racionais de positivação e aplicação do direito prometem a

³³³ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 107

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p.553-555

³³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 254-255

legitimidade das expectativas estabilizadas desse modo – as normas merecem obediência e, assim, devem sempre poder ser seguidas também por respeito à lei.³³⁶

Ao que parece, Habermas aplica a mesma abordagem na interpretação jurídica que concede ao mundo da vida, consignando à história institucional um dos repositórios argumentativos. Isso se realiza sem olvidar, obviamente, da importância da aceitabilidade das decisões, conquanto práticas discursivas que ocorrem no âmbito institucionalizado dos tribunais. Para o frankfurtiano, o direito, sob a égide da segurança jurídica, envolve um número de elementos que lhe são anteriores, constando nesse complexo a legislação e as decisões, tanto judiciais, prolatadas pelo poder judiciário, quanto aquelas que emanam dos órgãos da administração pública.³³⁷

A ideia por traz do empenho habermasiano envolve, em linhas gerais, o grau de compromisso dos juízes com o processo democrático. A tônica é superar a visão de Weber sobre a adjudicação, para quem o juiz é uma máquina abastecida com leis e precedentes que produz decisões eternamente corretas.³³⁸ Isto vai estar vinculado ao dever de fundamentação racional da decisão, o que condiciona sua aceitabilidade pelos destinatários. Em síntese, o problema da racionalidade das decisões está inserido no dilema entre a segurança jurídica e a correção, elementos que devem ser garantidos simultaneamente pela decisão judicial.³³⁹

Habermas encontra na literatura jurídica pós-jusnaturalista três opções teóricas que propõem resolver essa problemática, a partir da observância do direito contingente e sem recorrer à principiologia metafísica. Assim são identificadas a hermenêutica jurídica com influência de Gadamer, o realismo jurídico e o positivismo jurídico.³⁴⁰ Pela insuficiência das três vertentes, Habermas opta por uma quarta via, dada pela teoria do direito como integridade de Dworkin. Afinal, Habermas vê na obra dworkiana a solução para o dilema entre aceitabilidade da decisão e preservação da segurança jurídica.³⁴¹ Antes de retomar o percurso seguido por Habermas, é preciso esclarecer, a partir da dogmática jurídica, como as questões da aplicação do direito estão presentes e quais são os estudos sobre a racionalidade da decisão judicial analisados pelo frankfurtiano.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 258

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 258

³³⁸ MCCORMICK, John P. Weber. Habermas and transformations of the European State: constitutional, social, and supranational democracy. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 140-141

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 258-259

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 259

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 262-263

3.2.1 As teorias da interpretação jurídica na avaliação habermasiana

Habermas cuida de observar três vertentes interpretativas que foram consagradas no transcurso da história pela teoria jurídica, a saber: a hermenêutica jurídica de cariz filosófica, o realismo jurídico e as bases do positivismo jurídico. Aqui se pretende verificar cada uma dessas abordagens, a partir dos teóricos levantados por Habermas. Com isso, será possível apresentar as objeções trazidas pelo frankfurtiano para, efetivamente, compreender as insuficiências de cada uma das correntes apresentadas. Ao término, será possível entender a necessidade de uma quarta via, obtida em Dworkin, para satisfazer a racionalidade da jurisdição dentro do projeto procedimental.

Destaca-se que o exame das teorias será muito mais superficial do que verticalizado, tendo em mira que o intuito desta exposição é complementar as lacunas deixadas pela redação habermasiana, afinal, o frankfurtiano trata das vertentes teóricas de forma caricata³⁴², o que implica na necessidade de ofertar um panorama suficiente para compreensão das críticas habermasianas. Com efeito, promover qualquer aprofundamento nas correntes que serão apresentadas acarretaria em fugir do objeto de estudo. Ciente desta advertência, o texto irá palmilhar cada uma das abordagens teóricas acima mencionadas.

3.2.1.1 A hermenêutica jurídica e a pré-compreensão de Hans-Georg Gadamer

A primeira vertente teórica a entrar no radar habermasiano é a hermenêutica de Gadamer, cujo mérito foi superar a mera subsunção do texto jurídico. Isso se dá pelo emprego da pré-compreensão, instituto que promove o elo entre a norma e o estado de coisas.³⁴³ Gadamer retoma o primado aristotélico de que nenhuma norma pode regular a si mesma, daí a união entre compreender e interpretar.³⁴⁴ Como afirma Gadamer, considerando a relação linguística entre os elementos mencionados: “A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.³⁴⁵

³⁴² BAXTER, Hugh. **Habermas: the discourse theory of law and democracy**. California: Stanford University, 2011. p. 109

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 259-260

³⁴⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 304-306

³⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 459

A diferença maior entre Gadamer e os exegéticos está na percepção de que o processo interpretativo está para além do texto. O intérprete precisa conhecer a realidade e perceber o círculo hermenêutico, dentro da historicidade factual, que está posta na fusão dos sentidos entre passado e presente. Assim é possível traduzir a historicidade do conhecimento prévio ao processo interpretativo.³⁴⁶ Comparativamente, a escola exegética se vale de uma metódica alicerçada na relação entre texto e julgador, de modo que o juiz fica adstrito aos dispositivos legais em seu sentido textual estrito, o que, em tese, deveria coibir manipulações interpretativas – mas, na realidade, serve para encobrir o decisionismo.³⁴⁷

Ora, o apego a um método gramatical se resume a identificar e respeitar o que o legislador pretendia com aquele dispositivo legal.³⁴⁸ A ideologia da escola exegética está na desconexão entre o direito e o seu passado histórico, em especial pelos ânimos inflamados após a Revolução Francesa. Por isso que a lei é retratada como um instrumento capaz de trazer luz às trevas dos tempos anteriores. Por não se apegar à história, o direito iria buscar sua racionalidade em seu próprio fundamento, manifestado nos textos legais produzidos pelo legislador.³⁴⁹

Ao tratar da interpretação jurídica, Gadamer vê uma tensão entre o texto legal e o sentido da aplicação no momento da interpretação. É que a interpretação jurídica não deve entender a lei em sua perspectiva histórica, mas sim concretizar a validade jurídica do dispositivo legal, a qual será compreendida no próprio instante da interpretação. A hermenêutica jurídica é uma espécie de hermenêutica normativa, cujo sentido do texto jurídico estará mergulhado no caso em concreto no qual a norma será aplicada.³⁵⁰

Esse modelo hermenêutico faz uma ruptura com os cânones da filosofia da consciência e se aproxima do empreendimento destranscendentalizado habermasiano.³⁵¹ O que muda entre as linhas teóricas de Habermas e Gadamer está no fato de o primeiro recorrer à figura do mundo da vida, ao passo que o segundo recorre ao critério temporal do próprio conhecimento que deve ser extraído da historicidade e linguisticidade. Ademais, para

³⁴⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 318-319

³⁴⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 388

³⁴⁸ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 389-390

³⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 29-30

³⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meuer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 461-463

³⁵¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 187

Habermas, a linguagem é utilizada como o médium para o consenso, enquanto para Gadamer o emprego linguístico serve para fomentar a abertura para o mundo objetivo.³⁵² De toda sorte, ambas as teorias servem para orientar uma produção intersubjetiva do conhecimento, contudo, o presente estudo não irá se prolongar mais no exame gadameriano, sob pena de desviar da problemática que está a investigar.

A hermenêutica jurídica alicerçada no modelo de Gadamer consegue solucionar a racionalidade da jurisdição ao inserir o complexo histórico da tradição, ou, na linguagem gadameriana, considerar o caso concreto em si na aplicação da norma. A estruturação da interpretação jurídica utilizará os tópicos no processo de pré-compreensão, com a relação entre as normas e os casos concretos ocorrendo a partir dos princípios históricos. Essa racionalidade será mensurada pelos padrões de costumes e decisões judiciais anteriores à lei³⁵³, com supedâneo no mundo vivido e na sua pluralidade. Inclusive é exatamente a pluralidade do mundo vivido que impede a preponderância de uma única identidade coletiva.³⁵⁴

Habermas percebe que não há como recorrer a um *ethos* identitário dominante, de modo que o recurso a um ou a outro *topoi* irá redundar em uma interpretação puramente ideológica ou preconceituosa contida nos processos de pré-compreensão, ainda que haja uma comprovação histórica. Isto é o que o frankfurtiano apresenta de críticas à hermenêutica jurídica e serve como justificativa para a busca por outras teorias que pretendam satisfazer o primado da racionalidade das decisões judiciais.³⁵⁵

3.2.1.2 O realismo jurídico e suas ramificações no realismo norte-americano, na Escola do Direito Livre e na Jurisprudência dos Interesses

O realismo jurídico leva em conta os determinantes extrajurídicos, cuja análise empírica orienta o processo de elaboração da decisão judicial. Habermas identifica que esses fatores externos são utilizados para preencher o espaço da decisão, a partir de suas previsões histórica, psicológica e sociológica. Isto faz com que a decisão extravase o interior do direito e acolha elementos que lhe são externos, como enfoques políticos, tradições ideológicas ou

³⁵² GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 163

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 260

³⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 187

³⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 260

constelações de poder. Em última análise, a lógica própria do direito é relativizada pela tradição realista, o que imprime uma confusão entre direito e política. Habermas identifica três vertentes do realismo, as quais compreendem as práticas do realismo legal norte-americano, da escola do direito livre e da jurisprudência dos interesses.³⁵⁶

No campo do realismo norte-americano, tem-se um movimento teórico que é herdeiro direto da filosofia pragmática e cuja característica gnosiológica básica é partir do real em detrimento do ideal. O destaque desta vertente fica para os juristas que abraçaram o instrumentalismo pragmático e que desenvolveram suas teorias na passagem do século XIX até último quarto do século XX. A pretensão destes juristas e pensadores é descrever o que é real no mundo e, no caso do realismo jurídico, compreender como os juízes decidem, pois nos tribunais se misturam elementos normativos e elementos subconscientes.³⁵⁷

Ainda no eixo do pensamento norte-americano, existe a vertente do consequencialismo, encabeçada por Richard Posner. A abordagem pragmática posneriana busca o conhecimento de fatos e suas consequências em detrimento de conceitos ou generalizações.³⁵⁸ Apesar das diferenças conceituais, Posner vê uma aproximação entre o direito e a filosofia pragmática, a qual ocorre partir da dúvida, dos questionamentos céticos e das investigações que colocam em análise os fundamentos do sistema jurídico.³⁵⁹

Na atividade jurídica pragmática consequencialista a interpretação deverá ficar atenta aos melhores resultados que podem ser produzidos pelo juiz, sem se afastar dos princípios da constitucionalidade e da historicidade. Ainda, o julgador pragmático se preocupa com a coerência dos precedentes quando a decisão baseada nestes for a que melhor atenda às necessidades do presente e construa o futuro. O juiz pragmatista tem na legislação, na jurisprudência e no texto constitucional fontes de informações que restringem parcialmente sua discricionariedade para valoração fática dentro do processo. Já os fatores externos ao direito se mostram como informações extrajurídicas, a exemplo dos argumentos econômicos, dos argumentos sociais, das manifestações dos peritos e dos outros dados empíricos que

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 260-261

³⁵⁷ SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and american legal theory**. Londres: Cornell University, 1982. p. 22-36

³⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 357-358

³⁵⁹ POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 358-359

podem ser obtidos. Na verdade, o julgador pragmatista parte dos fatos para só então buscar o direito, em processo inverso ao da subsunção.³⁶⁰

Posner chama atenção para o fato de que o juiz só deve decidir sobre aquilo que já existe algum consenso social, sob pena da opinião pública invalidar o julgamento ao rejeitá-lo. Ou seja, existem dois condicionantes da atividade interpretativa: os elementos extrajurídicos e a receptividade do público. A tese de Posner é especialmente aplicável aos casos nos quais existe uma lacuna dentro do sistema a ser suprida, afinal, o magistrado não pode se abster de julgar os casos que lhe são apresentados.³⁶¹

Habermas crítica a abordagem dada pelos teóricos norte-americanos:

O direito passa então a valer como um instrumento de controle do comportamento que pode ser mobilizado para fins políticos tidos como racionais, isto é, fundamentados utilitariamente ou em função do bem-estar econômico. [...] Em última instância, [há] uma revogação explícita da segurança jurídica [que] significa que a jurisprudência tem de renunciar ao cumprimento da função, própria do direito, de estabilizar expectativas de comportamento. Os realistas não conseguem explicar como a capacidade como a capacidade de funcionamento do sistema jurídico se compatibiliza com uma consciência radicalmente cética dos especialistas participantes.³⁶²

De seu turno, o movimento do direito livre se insurgiu contra o formalismo lógico do direito e, a despeito de não ter uma fundamentação bem definida, trouxe uma perspectiva de abertura para o processo decisório. Assim é permitindo ao magistrado decidir de acordo com suas próprias convicções. Trata-se de uma abordagem observada ao longo do século XIX e que foi animada pelo suposto caráter criativo da decisão judicial, a qual constitui o próprio direito em si. Ou seja, o direito é fruto das decisões judiciais prolatas no âmbito do poder judiciário e o juiz é a figura responsável por concretizar a justiça.³⁶³

A abertura proposta para o sistema jurídico permite ao direito se adaptar às transformações sociais experimentadas no período da Revolução Industrial, o que implica recorrer à razão prática. Isto afasta a visão do positivismo legalista de que a decisão judicial é mera aplicação do direito, transformando-a no fio condutor das mudanças necessárias à própria ordem jurídica. Não obstante, dentro da visão posta, o próprio ordenamento jurídico não é imune a lacunas deixadas pelas leis escritas do Estado, as quais podem ser preenchidas

³⁶⁰ POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 380-391

³⁶¹ POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 396-409

³⁶² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 261-262

³⁶³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 79-81

com o recurso ao direito consuetudinário e aos precedentes judiciais. De seu turno, esses dois últimos elementos passam a ser tratados pelo movimento do direito livre como verdadeiras fontes do direito.³⁶⁴

O alargamento proposto pelo movimento do direito livre implica em uma maior responsabilidade argumentativa do julgador, pois as decisões judiciais precisam lastreadas por uma sólida argumentação. Há uma transformação das questões materiais pertinentes ao caso em princípios jurídicos.³⁶⁵ Com efeito, fica claro o apego demasiado à figura do juiz em detrimento da segurança jurídica, pois, ainda que seja atendida a necessidade de correção da decisão, criam-se dúvidas sobre sua compatibilidade com o sistema jurídico.

A última vertente citada por Habermas versa sobre a jurisprudência dos interesses, a qual que vigorou na Alemanha do início do século XX. Esse movimento colheu influência diretamente do positivismo científico da segunda metade do século XIX, o que lhe dá uma abordagem sociológica.³⁶⁶ A jurisprudência dos interesses critica a jurisprudência dos conceitos e o movimento do direito livre, pois visa estabelecer referências jurídicas às questões prático-materiais.³⁶⁷ O principal legado desse movimento é a figura da ponderação, pois consideravam que todas as normas traziam interesses sociologicamente opostos que precisariam ser ponderados pelo julgador.³⁶⁸

Os interesses mencionados são divididos em legítimos e ilegítimos, o que sinaliza para uma análise da realidade social que se coloca para além dos textos legais, ainda que a decisão jurídica respeite o direito positivo enquanto produto da soberania estatal. A harmonização da lei e dos interesses sociais encontra alicerce na teoria utilitarista de Jeremy Bentham e na teoria finalística de Rudolf von Jhering. A lei, a partir de sua racionalidade, contempla os interesses materiais da comunidade jurídica, os quais se contrapõem uns aos outros e devem ser reconhecidos a partir da sua capacidade de produzir a maior quantidade de bem estar.³⁶⁹

Na prática argumentativa, a jurisprudência dos interesses adota o critério finalístico como uma forma de projetar as decisões para o futuro, a partir da tensão entre a teoria dos

³⁶⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 83-86

³⁶⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 91

³⁶⁶ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 396-397

³⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 97-98

³⁶⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 399-400

³⁶⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 99-105

conceitos jurídicos e a prática da realidade social. Isto se traduz na compreensão dos conflitos jurídicos enquanto conflitos de interesses, afinal, os textos legais contemplam interesses que estão reconhecidos. Dessa maneira, a interpretação jurídica deve observar a história de lutas de interesses e promover uma interpretação construtiva ou integradora do sentido atribuído à lei ante o caso concreto. O caráter integrativo dos conflitos se mostra tão relevante para essa escola que finda autorizando interpretações contra a própria lei, as quais permitem ao julgador superar o texto legal por intermédio de uma interpretação histórica dos interesses fundamentada argumentativamente.³⁷⁰

Para Habermas, as vertentes do realismo jurídico e a primazia dada à função do julgador acabam confundindo direito e política. Isto acarreta danos irreparáveis à consistência das decisões e a satisfação da segurança jurídica. Para o frankfurtiano, os realistas são incapazes de explicar a conciliação da capacidade funcional do sistema jurídico com a perspectiva dos demais participantes da comunidade jurídica. O resultado disto se mostra na incapacidade das decisões judiciais serem operadas sem recorrer a suposições ideais, o que leva, por via transversa, ao sepultamento da estabilização das expectativas comportamentais.³⁷¹

3.2.1.3 O positivismo jurídico de Hans Kelsen e H.L.A. Hart

Os positivistas realizam uma abordagem completamente distinta daquela feita pelos realistas, buscando um aporte na estabilização das expectativas normativas provenientes de um sistema de regras. Assim, a consistência das decisões judiciais é apartada dos elementos políticos, sociais e empíricos. Em seus trabalhos, Hans Kelsen e H.L.A. Hart promovem um fechamento, de maior ou menor grau, do sistema jurídico às questões morais, desenvolvendo uma visão do sistema jurídico a partir da própria norma jurídica.³⁷² Essa visão será fundamentada, no caso de Kelsen, em uma norma hipotética fundamental e, na teoria de Hart, em uma regra de reconhecimento última.³⁷³

Kelsen apresenta uma visão científica do direito, a partir da qual só existe autoridade quando há uma autorização ao exercício do poder, o que resulta, em uma dimensão formal, no

³⁷⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 113-117

³⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 261-262

³⁷² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 262

³⁷³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 189

Estado moderno e em suas faces administrativa, jurídica e legislativa. Kelsen torna o exercício da autoridade objetivo, formando uma relação cíclica do direito com o poder: ao mesmo tempo em que o direito autoriza o exercício do poder, também limita as competências do seu exercício.³⁷⁴ Cria-se aqui a figura da legitimidade, justificada através da validade das normas. A norma kelseniana não é comprometida com as opções legislativas, morais ou culturais, encontrando um fundamento de validade dinâmico no escalonamento da lei fundamental, daí tratar-se de uma teoria normativa pura ou normativa restritiva.³⁷⁵

O reflexo da obra de Kelsen está na elaboração de uma ciência jurídica voltada exclusivamente para o direito, em uma análise afastada de qualquer elemento externo, como a moral. Para tanto, a teoria kelseniana aproveita-se da distinção entre ser e dever-ser para analisar os fenômenos jurídicos puros e separá-los dos não jurídicos, observando a relação de causalidade e imputação.³⁷⁶ Com isso, verifica-se a aplicação ou não de uma sanção a partir de uma relação causa e efeito, nos limites da responsabilidade do sujeito.

Assim, caso o sujeito não cumpra com o dever-ser jurídico da norma, poderá sofrer ou não uma sanção, fazendo aplicar a norma jurídica contida no comando legal. Para produzir seus efeitos, a norma deverá ser válida, o que implica na sua pertinência com um sistema formal que é o ordenamento jurídico produzido pelo Estado e alicerçado em uma norma fundamental. A norma fundamental é o princípio da unidade do ordenamento jurídico e não existe fisicamente, tratando-se de um pressuposto lógico e fictício da ordem jurídica que permite as demais normas estarem fundamentadas.³⁷⁷ Assim, as normas hierarquicamente inferiores extraem seu fundamento de validade das normas hierarquicamente superiores, em um sistema escalonado. Ademais, as normas vão operar com base nos valores lícito/ilícito e justo/injusto.³⁷⁸

O intérprete do direito promove a chamada interpretação autêntica, sendo a figura autorizada pelo ordenamento jurídico para incidir a lei ao caso concreto. Cabe ao juiz, em sua margem de liberdade, desvelar quais o sentido e a interpretação que serão empregados no caso concreto para criar o direito. Por seu turno, à ciência do direito incumbe estudar os sentidos

³⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 146-147

³⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 161-165

³⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 148-150

³⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 141-143

³⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155-160

possíveis que podem ser atribuídos à interpretação.³⁷⁹ Ou seja, há uma margem de discricionariedade na escolha da norma, o que deixa a decisão judicial como aquela que é possível e não como a mais correta ou adequada para o caso.³⁸⁰

A decisão judicial em Kelsen consiste em um ato de vontade e de poder do juiz, cuja responsabilidade é criar a norma individual, dando prosseguimento ao processo de criação do direito. Há uma lógica de dedução normativa para além do silogismo, conferindo a mencionada discricionariedade, ao custo da realização do dever de fundamentação do juízo. Na jurisdição cabe ao magistrado diminuir os espaços de indeterminação da lei para garantir a segurança jurídica nos processos de subsunção analítica da norma geral para a norma individual.³⁸¹ Por fim, há de se destacar o giro decisionista de Hans Kelsen, que passa a defender que uma discricionariedade ainda maior do órgão julgador, o que acaba redundando em decisionismo sem precedentes:

[a] interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.³⁸²

Já a teoria de H.L.A. Hart pretende apontar o conceito de direito, com o fito de suprir a insuficiência deixada pela obra de John Austin, de modo que o primeiro teórico faz constantes diálogos com o segundo. É que Austin reduz o direito aos modais deônticos, com um modelo no qual a única preocupação é com a dimensão formal do exercício da autoridade e conseqüente validade das normas.³⁸³

Em termos de evolução do pensamento jurídico, Hart forma o suprassumo do pensamento positivista, encabeçando a corrente do chamado “neo-positivismo” ou de

³⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 249-251

³⁸⁰ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 121-123

³⁸¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 222-223

³⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 394

³⁸³ MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 423

positivismo inclusivista. No contexto histórico, a teoria de Hart está situada em um período no qual a literatura social repensou o papel das instituições sociais, incluindo o direito, para a concretização dos desejos humanos e desenvolvimento da boa sociedade.³⁸⁴

Na conversa com o pensamento austíniano, Hart refuta a ideia de que o direito se sustenta pela sua própria coercibilidade: é necessário ir além da violência das normas jurídicas, substituindo o medo das sanções por uma sistemática de regras sobrepostas.³⁸⁵ Por isso que, diante das sociedades complexas, Hart diz que o exortamento de comandos não é o “modo-padrão” que o direito assume.³⁸⁶ Daí que a produção legislativa se projeta para além da simples determinação de ordens às pessoas. O imperativo das normas sancionadoras é factível quando se observam as produções do direito penal, contudo, não significa que o direito se reduza à mera estrutura de ordens legais. Por isso, em Hart, o direito está imbricado em uma estrutura que substitui a sanção pela aceitação comum das regras jurídicas.³⁸⁷

Hart tem consciência de que, na modernidade, nenhum sistema jurídico sobrevive somente com normas primárias que ditem obrigações, faculdades, proibições e demais orientações comportamentais. Existe uma complexidade nas interações sociais que torna necessária a existência normas secundárias, capazes de trazer uma métrica para a concretização das primárias. Essa segunda categoria de normas trará os parâmetros de aplicação, estruturação e, em última análise, de legitimidade do direito.

Estruturalmente, Hart dirá que o direito é um sistema de regras primárias e secundárias. As regras primárias são os modais deônticos, enquanto as secundárias trazem parâmetros para aplicação das primeiras, determinado como o direito pode ser modificado e como as ações humanas podem ser concretizadas. As normas secundárias vão servir de métrica para a concretização das primárias, sendo incluídas aí as normas secundária de julgamento, manifestada na decisão judicial, e a secundária de alteração, que permite modificações no ordenamento jurídico.³⁸⁸ Hart trará uma norma secundária última, semelhante à norma hipotética de Kelsen, denominada de norma de reconhecimento, na configuração de verdadeira norma do sistema, pois é dela que convergem as normas

³⁸⁴ MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-420

³⁸⁵ MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 418

³⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 26

³⁸⁷ MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 418

³⁸⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 91

secundárias sujeitas à aceitabilidade por aqueles que compõem a sociedade de livres e iguais.³⁸⁹

Ora, essa regra última dará fundamento a todo o sistema jurídico, detendo supremacia perante as demais. Logo, a dimensão interna do sistema jurídico é composta pelas normas primárias e secundárias, e a externa é a norma secundária última de reconhecimento.³⁹⁰ Para Hart o direito tem uma textura aberta até no campo da jurisdição, pois é composto de termos polissêmicos e, muitas vezes, duvidosos.³⁹¹ Trata-se de uma aplicação da filosofia da linguagem de Wittgenstein, o que significa que, ante a textura aberta do direito, existem questões de conduta que são deslocadas para os tribunais, que, de seu turno, terão um poder discricionário na hora de proferir sua decisão.³⁹²

A principal herança de Hart é a preocupação com a aceitabilidade do direito pelos destinatários, dando um contorno diferente para a legitimidade, ainda que a norma de reconhecimento seja insuficiente para abarcar as questões morais e as necessidades normativas da sociedade. Embora a teoria de Hart admita uma impregnação de conteúdos morais e valorativos que estejam a serviço do direito, isto não implica que o direito esteja subordinado à moral. A correção do direito por uma ordem moral virá com a superação do modelo hartiano, pelo pós-positivismo.

É por esse motivo que Habermas critica o positivismo, pois a correlação entre a validade das normas jurídicas e a gênese do direito se mostra insuficiente para garantir a racionalidade das decisões. Afinal, o apego à segurança jurídica derroca qualquer pretensão ou garantia de correção para o direito. Ademais, essa mesma segurança jurídica é posta em dúvida quando aparecem os chamados casos difíceis, pois as teorias positivistas fomentam o decisionismo judicial como solução para tais situações, ante o estado de coisas indeterminadas do direito. O resultado desse anteparo é que os juízes decidem os casos difíceis a partir de suas preferências pessoais, o que gera uma fuga para autoridade do direito. A solução para a problemática da decisão judicial será resolvida pela teoria dos direitos de Ronald Dworkin.³⁹³

³⁸⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111-113

³⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 117

³⁹¹ MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 436

³⁹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 335

³⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 263-264

3.2.2 As influências de Habermas na elaboração da interpretação jurídica procedimental

Habermas opta por construir o arquétipo da interpretação jurídica procedimental tendo como alicerce a teoria de Ronald Dworkin. Essa escolha se dá por Habermas considerar que Dworkin oferece um modelo decisório que satisfaz as premissas de correção e segurança jurídica do direito, além de corrigir as falhas identificadas nas demais correntes que tratam da interpretação jurídica. Neste sentido, Dworkin espanca o realismo ao sinalizar que as decisões vinculadas às regras podem ter consistência suficiente para garantir o direito. Contra o positivismo, Dworkin invoca o dever de correção decisório a luz dos princípios. Já em face da hermenêutica de cunho filosófico, Dworkin afirma que ao julgador não é entregue à história das tradições, ao contrário, as tradições determinam que o juiz promova uma abordagem crítica da história institucional do direito.³⁹⁴

Ao se valer da teoria de Dworkin, Habermas penetra na perspectiva interna do juiz, focando muito mais no aspecto jurídico do que no factual. Isto permite verificar os requisitos necessários à decisão judicial, os quais são preenchidos mediante as conexões feitas com o modelo de interpretação reconstrutiva e do romance em cadeia. Ao formar esse elo, Habermas consegue assegurar os postulados de correção e de segurança jurídica que são desdobrados da tensão entre facticidade e validade.³⁹⁵

O recurso à obra de Dworkin possibilita ampliar as críticas às correntes hermenêutica, realista e positivista, o que reforça as insuficiências encontradas por Habermas. De outro talante, a teoria dworkiana traz um estuário no qual não há espaços para uma tradição autoritária do direito. Dworkin, a partir dos casos difíceis e da teoria de uma única decisão correta e consistente, fornecerá um norte para Habermas resolver a problemática da aplicação do direito. Ao trazer à baila a figura dos princípios jurídicos, a teoria dworkiana confere os recursos argumentativos para que os juízes prolatem decisões coerentes – ou seja, dotadas de segurança jurídica – e legítimas – pois cumprem parâmetros de racionalidade.³⁹⁶

Por outro lado, Habermas irá expandir a crítica de Dworkin, valendo-se de Klaus Günther. Neste caminho, Habermas irá empregar a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação que se fazem presentes na interpretação jurídica. Habermas, ao tomar essa diferença discursiva de empréstimo, consegue compreender como

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 264

³⁹⁵ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 109-110

³⁹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 189-190

determinar a norma válida e aplicável em um caso específico, mesmo quando mais de uma norma se mostra apta a resolver a questão em análise.³⁹⁷

Através de Günther, Habermas compreenderá que a colisão de direitos não se confunde com o choque de princípios. Na verdade, a colisão de direitos trata da questão sobre qual norma aplicar no caso concreto. Em outras palavras, o problema do caso difícil envolve normas válidas que se mostram contraditórias entre si.³⁹⁸ Com estas respostas à indeterminação inerente aos discursos jurídicos, Habermas obtém a garantia de que a decisão será produzida o considerando a história institucional do direito e terá atribuída uma fundamentação suficiente para satisfazer a correção.³⁹⁹

Ante o exposto, assim como foi realizado com as correntes pós-jusnaturalistas nas seções acima, o estudo segue para examinar como são reconstruídas as teorias de Dworkin e Günther. A intenção é observar como os institutos decisórios são manuseados no fio condutor do raciocínio interpretativo procedimental. Primeiramente, será abordada a visão de Dworkin, considerando a teoria dos direitos, o modelo de juiz Hércules e o romance em cadeia. Ato contínuo, será realizada uma análise da teoria de Günther que aborda a distinção entre os discursos de aplicação e fundamentação do direito.

3.2.2.1 Ronald Dworkin, o direito como integridade e a única resposta correta

Ronald Dworkin está situado historicamente na passagem do positivismo para pós-positivismo, de modo que direciona críticas aos aspectos negativos do positivismo e, ao mesmo tempo, pretende criar uma interpretação prática do direito. O construto teórico dworkiano envolve uma teoria de moralidade política do direito, a qual interliga democracia, política e justiça, o que situa Dworkin no eixo do pós-positivismo.⁴⁰⁰ Essa inserção do teórico no pós-positivismo se justifica na medida em que sua obra dá ênfase à figura do poder judiciário. Afinal, o processo judicial é a situação na qual o direito se faz mais perceptível e isto diferencia Dworkin dos positivistas, cujo foco está na legislação.⁴⁰¹

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 271-272

³⁹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 190

³⁹⁹ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 110-111

⁴⁰⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 323-325

⁴⁰¹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 73

Dworkin insurge-se contra os três pontos que formam o esqueleto do positivismo, compreendendo, primeiramente, que o sistema jurídico não pode ser reduzido a regras de comportamento e punição. Essa distinção opera no campo da validade, que faz as normas jurídicas serem separadas das demais. Em segundo lugar, também incomoda ao jurista americano a aplicação discricionária do direito, a qual é condicionada ao discernimento pessoal do julgador. Por fim, o terceiro tópico vem na crítica da ampla discricionariedade dos julgadores na criação de novas ordens, com o poder de criar novas regras ou adaptar as já existentes quando as ordens legais forem vagas ou pouco claras.⁴⁰²

Com isto, o jurista americano pretende atacar a teoria de Hart, pois a considera como marco de referência para o positivismo jurídico, por ser mais desenvolvida que as visões oferecidas por Austin e Kelsen. Dworkin irá se valer dos casos difíceis para demonstrar a insuficiência do modelo de regras do positivismo, recorrendo, para tanto, aos princípios e às políticas como padrões normativos que também se fazem presentes nas operações do ordenamento jurídico.⁴⁰³

Dworkin aborda a relação entre direito e moral considerando que esta última corresponde a uma noção comum, constituída por padrões de normas universais e imperativas que são válidas para todos seres humanos. O direito é produzido sob a orientação da moral, pois é esta que fornece os indícios daquilo que aparenta ser justo. Como se tratam de sistemas diferentes, o direito deve ser composto pelas regras jurídicas promulgadas e por aquelas com *pedigree* que são produzidas pelo judiciário, que encontram sustentáculo e justificação nos princípios.⁴⁰⁴

Ao aprofundar seu pensamento, Dworkin acaba por superar essa dicotomia entre direito e moral, preferindo enxergar ambos em uma estrutura de árvore, de onde os sistemas passam a ser encarados como um único elemento. Disto, Dworkin reconhece o direito como um ramo da moral política, afinal, os direitos políticos somente se distinguem dos direitos morais quando existem regras que fundamentam e legitimam a autoridade dos poderes estatais. Assim, o jurista americano firma a divisão de duas categorias de direitos: os direitos

⁴⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-29

⁴⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36

⁴⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014 p. 612-616

legislativos, que garantem o poder da comunidade; e os direitos jurídicos, que podem ser plenamente exigíveis nas instâncias jurisdicionais, independentemente do legislador.⁴⁰⁵

Dworkin, ao superar os debates da cisão positivista entre direito e moral, aprofunda seus estudos na distinção entre procedimento e substância. Tendo em mira que a separação entre os dois sistemas de regulação de conduta outrora mencionados imprime um viés calcado na substância, o jurista americano opta por lançar vistas também ao procedimento. Deste modo, ao considerar a interpretação dos princípios morais presentes nas Constituições e nos direitos humanos, Dworkin obtém uma nova perspectiva do processo interpretativo, na qual os advogados e os juízes são filósofos políticos a serviço do Estado democrático.⁴⁰⁶

Ao que parece, a abordagem de Dworkin ao avaliar o direito como um elemento integrado à moral muito se assemelha com a tese da cooriginalidade descrita por Habermas. Fato é que direito e moral se unem formando um todo no âmbito da autonomia política do próprio cidadão. Com efeito, essa percepção permite aproximar ainda mais os dois teóricos e seguir com o trabalho de absorção, por Habermas, das propostas de Dworkin, ainda que o primeiro não se aprofunde diretamente na relação entre direito e moral prescrita pelo segundo.⁴⁰⁷

Dworkin apresenta a própria democracia como um conflito entre igualdade e liberdade, o que se aproxima da tensão entre direitos humanos e soberania popular vista por Habermas. Para Dworkin, cabe ao governo legítimo, cuja base está na própria capacidade da comunidade de se autogovernar, “demonstrar igual consideração pelo destino da toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio” e “respeitar o direito de toda pessoa de decidir por si”. De outro lado, o ente governamental deve conferir a autonomia necessária para que cada pessoa seja capaz de fazer o que quiser, até os limites da responsabilidade ética de cada um, sem qualquer interferência do Estado. Logo, o jurista americano caminha, em sua teoria moral, para uma abordagem da democracia na qual cada cidadão é um “parceiro em igualdade de condições”, que detém a “mesma voz e igual interesse nos resultados” produzidos pela própria comunidade e pelo Estado.⁴⁰⁸

Mergulhando no panorama jurídico e conforme dito alhures, o direito para Dworkin envolve a tríade regras, princípios e políticas. Em um breve esboço, a teoria dworkinana

⁴⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014 p. 620-621

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014 p. 632-635

⁴⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 268

⁴⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014 p. 4-9

enxerga a validade jurídica sob um prisma deontológico, construtivista e interpretativo. Nesta perspectiva, o direito independe de juízos morais e políticos, a despeito destes poderem adentrar no sistema jurídico, absorvidos pela argumentação por princípios. Os referidos juízos, ao ingressarem no sistema jurídico, se põem a serviço da estabilização das expectativas de condutas.⁴⁰⁹

A análise dos padrões normativos mencionados revela uma diferença quanto à natureza de cada um, ainda que ambos sinalizem pontos das obrigações jurídicas. Os princípios são exigências de cunho moral, como a justiça ou a equidade, enquanto a política é um padrão que estabelece finalidades a serem alcançadas para imprimir melhorias para a sociedade.⁴¹⁰ Já as regras têm sua aplicação pelo tudo-ou-nada, pois ou a regra é válida ou não é, independentemente de comportar exceções, as quais já são levadas em conta pelo próprio comando jurídico. Se for válida, a regra poderá contribuir com o processo decisório, desde que enunciada em sua completude, contendo o comando basal que apresenta e as exceções possíveis.⁴¹¹

De outro lado, os princípios veiculam um comando que requer uma decisão particular, de modo que não apresentam consequências jurídicas automáticas. É que, diferentemente das regras, os princípios possuem a dimensão do peso, a qual determina que seja levada em consideração a força de cada princípio aplicável frente à situação concreta. É importante destacar que essa dimensão difere daquela trabalhada por Robert Alexy e que será, oportunamente, objeto de discussão nesse trabalho. A diferença pode ser obtida a partir da explicação dada por Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquela que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras,

⁴⁰⁹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 331

⁴¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36

⁴¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40

de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.⁴¹²

Ademais, a percepção do padrão normativo como regra ou princípio se mostra uma tarefa complexa, pois a forma como são apresentados pode ocultar a real natureza da norma. Logo, é preciso verificar, dentro de um caso concreto, qual tratamento será conferido ao postulado para identificar a sua natureza. Isso é essencial em certos casos, pois as próprias regras podem depender de um princípio ou de uma política, considerando a forma como é enunciada.⁴¹³

Dworkin estabelece três etapas para o processo interpretativo, as quais nomeia de pré-interpretação, interpretação e pós-interpretação. Na pré-interpretação são textualmente identificadas e distinguidas as regras e padrões cujo conteúdo têm o condão de influenciar a prática interpretativa. Nesta etapa há necessidade de um alto grau de consenso entre a comunidade de intérpretes para delimitação dos padrões a serem adotados. Após isso, a fase de interpretação fornece as justificativas gerais para os elementos decantados da pré-interpretação, orientando aqui a prática argumentativa de justificação. Afinal, é pela argumentação desempenhada que o intérprete demonstra estar apto a interpretar a prática em questão e que não está agindo como um inventor de novas práticas. Na pós-interpretação, os postulados e as justificativas dadas são revistas para se adequar às exigências requeridas pela prática decisória.⁴¹⁴

Dworkin chega à conclusão de que o processo interpretativo se trata de um relato de propósito, que contempla uma visão sobre o fenômeno interpretado.⁴¹⁵ Trazida para o campo do direito, a interpretação tem como desafio atribuir sentido às proposições jurídicas de cunho geral e abstrato. Esse exercício interpretativo é aplicado de modo geral ao direito enquanto fenômeno político, que busca a realização de uma finalidade específica.⁴¹⁶ Assim, a abordagem dworkiana aponta para uma hermenêutica política do direito, sob a qual a interpretação é um empreendimento público e político, que coordena os esforços sociais para

⁴¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41-45

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 81-84

⁴¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 71

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 217

resolver as disputas existentes. Esse panorama implica a demonstração de valor do direito, pois assegura a justiça tanto entre os cidadãos quanto entre os governantes.⁴¹⁷

Essa construção permite a Dworkin sustentar que os juízes aplicam e, nesse entrementes, criam, interpretativamente, o direito. Trata-se de uma interpretação construtivista, que, nas palavras de Dworkin é explicada da seguinte maneira:

A interpretação construtivista surge quando as pessoas se engajam numa prática desse tipo, em que todos consideram na portadora de um propósito ou finalidade, mas discordam, exatamente, acerca de qual seria esse propósito ou finalidade. Neste evento, os participantes considerarão a extensão ou o âmbito de aplicação dos conceitos que tornam a prática sensível a essa finalidade ou por ela determinada. Servem a diferentes tipos de finalidades. Podemos discordar sobre qual é a finalidade do Direito, mas concordamos que a finalidade do Direito é diferente da finalidade da poesia. Por que podemos ser "inquiridores" da verdade sobre as matérias da interpretação? Porque somos pesquisadores da verdade nas matérias das quais depende a interpretação. Suponhamos que discordemos de outros advogados, em algum ponto da interpretação jurídica, por serem nossos pontos de vista sobre a finalidade do Direito, ou sobre a justiça – pois, até onde sabemos, o objetivo do Direito é proporcionar a justiça – diferentes dos deles. Acharemos que a nossa interpretação é a verdadeira – e não apenas diferente – se acreditarmos, e porque acreditamos, que as nossas opiniões sobre a finalidade do Direito ou sobre justiça são verdadeiras. Defendemos nossos pontos de vista sobre essas matérias como uma questão de convicção, o que significa que achamos serem elas verdadeiras. [...] a interpretação construtivista objetiva fazer o melhor do seu objeto apenas no sentido especial que descrevi.⁴¹⁸

A tônica de Dworkin está na sua insurgência contra a função criativa dos tribunais, outrora defendida por Hart, que permite aos tribunais decidir sem qualquer parâmetro jurídico nos casos difíceis. Como Hart defendia uma textura aberta do direito, era aberta margem para o decisionismo e a exacerbada discricionariedade dos julgados. Nesses casos, sob a ótica de Dworkin, o que ocorre, na realidade, é o recurso a argumentos de política:

[há] uma vedação importante à atividade jurisdicional: a possibilidade de que os tribunais, se tomados como representantes do Poder Legislativo, também devam ser competentes para proceder à adesão de argumentos de política e à adesão de tais programas gerados. Em casos abarcados pela legislação, fica fácil vislumbrar o uso de argumentos de princípio; todavia, nos casos difíceis, muitas vezes o que se percebe é que os juízes acabam lançando mão de razões justificadas à luz de diretrizes políticas. Dois argumentos são levantados para negar a possibilidade de originalidade de decisões judiciais: (1) o governo é limitado pela responsabilidade de seus ocupantes, que são eleitos pela maioria; e (2) criando um direito novo, o juiz pune a parte sucumbente, uma vez que o aplica de forma retroativa. As duas objeções tornam-se ainda mais fortes quando essas decisões se mostram fundadas em argumentos de política: (a) as decisões políticas devem ser geradas mediante um processo político que leve, na devida conta, os diversos interesses antagônicos; e (b) fica fácil verificar o quão errado significa tomar os bens de alguém em nome de melhorias para um grupo da sociedade. No caso de uma decisão que observe um

⁴¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 239

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, pp. 44-71, jun. 1997. p. 58-59

princípio, tem-se outro quadro: esse tipo de argumento nem sempre se fundamenta na busca pela equivalência de diversos interesses em conflito; e por outro lado, o magistrado, nesse caso, não se vê pressionado por uma maioria política, mas sim vinculado à história institucional, que não representa uma restrição vinda de fora, imposta aos juízes, mas um componente da decisão, já que compõe o pano de fundo de qualquer juízo sobre os direitos. Juízes, portanto, devem assumir que suas decisões trazem em si uma carga de responsabilidade política, exigindo dos mesmos uma coerência de princípios.⁴¹⁹

No afã de justificar o recurso aos princípios, Dworkin problematiza a legitimidade judicial, apresentando dois argumentos. No primeiro argumento, o jurista americano diz que a comunidade deve ser governada por pessoas eleitas, ao passo que os juízes não são eleitos. No segundo argumento, Dworkin sustenta que o juiz não pode aplicar entendimentos jurisdicionais de maneira retroativa, sob pena de impor uma punição à parte sucumbente. Esses dois argumentos mostram o óbice das decisões elaboradas exclusivamente por políticas públicas em detrimento àquelas originadas por princípios. A justificativa dada é que as decisões orientadas pela política nascem do processo político-legislativo, pois não se pode sacrificar direitos, em nome de um novo dever posterior ao fato, pela via judicial.⁴²⁰

Ao julgar por princípios, o tribunal não encontra objeção nos dois argumentos descritos acima. O recurso aos princípios permite tutelar interesses que encontram proteção jurídica, sem pressões políticas externas ao julgamento. Ao mesmo tempo, os princípios impedem a elaboração de decisões surpresa, ante a solidez incontroversa que pode ser suscitada de uma decisão fundamentada principiologicamente. Isto ocorre mediante o exame das razões e expectativas justificadas trazidas pelos litigantes.⁴²¹

Em síntese, os juízes, ao recorrer aos princípios, esquivam-se das questões políticas e afirmam sua legitimidade argumentativamente. Assim, o judiciário mantém um caráter político no que toca ao adiantamento de alguma inovação que poderia ser veiculada pelo legislador. Concretiza-se, com esteio nos princípios, uma decisão que constrói direitos a partir das balizas finalísticas do direito⁴²².

O processo decisório dos casos difíceis deve levar em conta os direitos institucionais de ordem jurídica. Dworkin compara a busca por esses direitos como um jogo de xadrez, pois o cidadão tem o direito de ver cumprida a legislação que lhe protege a liberdade. Os direitos institucionais funcionam como as regras do xadrez, cuja operação é de uma instituição

⁴¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 45, pp. 102-109, jun. 2009. p. 104

⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132-133

⁴²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 134-135

⁴²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 166-168

autônoma, dentro da qual não se pode reivindicar direitos por um simples apelo moral, já que é preciso recorrer a uma moralidade política. Isto torna necessária a presença de regras constitutivas e reguladoras que definem o comportamento do poder legislativo, pois a legislação é parcialmente autônoma.⁴²³

Com efeito, da mesma forma que em um jogo de xadrez os participantes têm conhecimento prévio das regras e detêm direito ao seu cumprimento, a autonomia institucional envolve a interpretação de regras, pela autoridade incumbida de aplicá-las, mediante a apresentação de justificativas baseadas na própria proteção dos direitos em exame. Pela metáfora, Dworkin quer dizer não se pode decidir politicamente, com base em convicções pessoais, de modo que o intérprete não pode legislar como se as regras imprecisas tivessem uma textura aberta que lhe conferisse tal liberdade.⁴²⁴ Trata-se de uma nítida crítica ao modelo decisório discricionário de Hart.

Finalizando a analogia com o xadrez, Dworkin arremata que o fundamento geral dos direitos institucionais é o consentimento ou o entendimento tácito das partes, que se submetem às regras dos torneios ao participar destes. A mesma coisa pode ser dita das partes que buscam o poder judiciário pleiteando a apreciação de um caso difícil, já que a decisão a ser produzida pela autoridade judiciária deverá oferecer razões suficientes para reconhecer ou negar o direito levantado.⁴²⁵

Dworkin trabalha com a concepção do direito como integridade, consignando este imperativo como a quarta virtude a compor as teorias políticas. Ladeada pelas virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo, a integridade decorre da coerência e tem como plano imprimir um tratamento igualitário e coerente para casos semelhantes. Enquanto a coerência nasce da moralidade política; a equidade fornece os parâmetros para a repartição democrática do poder; a justiça trata da distribuição dos recursos sociais; e o devido processo legal adjetivo rege a aplicação do direito. Em Dworkin, a coerência recebe o título de virtude da integridade política, a qual orienta, enquanto ideal, que o Estado e a comunidade ajam, na condição de agentes morais, dentro de um conjunto único e coerente de princípios.⁴²⁶

⁴²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 158

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 159-160

⁴²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 163

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 199-202

Ao inserir a integridade no campo da decisão judicial e da argumentação principiológica, Dworkin recorre à figura do juiz Hércules, enquanto um julgador filósofo, com sabedoria sobre-humana e com aptidão para decidir casos por princípios. Esse julgador mítico parte da premissa de que a legislação cria ou extingue direitos e que cabe ao juiz observar as decisões anteriores, cujo fundamento racional pode ser aplicado ao caso que estiver sob sua responsabilidade. Hércules tem uma metódica interpretativa definida para cada direito jurídico, consoante afirma Dworkin. Para interpretar a Constituição, Hércules recorre à elaboração de uma teoria de princípios e políticas, com fundamento na filosofia política, retornando à analogia do jogo de xadrez explicada acima. A interpretação da legislação também envolverá uma teoria política, tendo em mira o argumento empregado pelo legislativo na ocasião em que produziu aquele dispositivo legal. Dessa maneira são observados quais os motivos, de ordem política, conduziram o legislador para elaborar aquela lei e não uma outra.⁴²⁷

Para decidir os casos difíceis, Hércules irá recorrer a uma teoria gravitacional dos precedentes que justifica a compatibilidade entre a produzida para o caso difícil e os princípios que lhe são anteriores. Para Hércules, incumbe observar os padrões que estão presentes na jurisprudência e assim identificar como os princípios são desenvolvidos, preservando a virtude da integridade. Somente assim poderá ser desenvolvida a argumentação por princípios, que servirá de fundamento coerente e racional da decisão apta a resolver o caso difícil sob exame.⁴²⁸

O método Hércules implica nas leis serem interpretadas da melhor maneira frente ao processo legislativo como um todo e, na prática, isto é diferente de interpretar os precedentes. Hércules precisará recorrer à exemplificação da histórica social, buscando compreender a melhor explicação possível para aquele evento legislativo produzido por uma legislatura democraticamente eleita. Assim, a abordagem hercúlea será regida pela integridade e pela equidade enquanto virtudes dominantes da interpretação jurídica.⁴²⁹

Hércules usará da equidade para identificar a melhor interpretação possível, dentro das convicções concretas que podem ser expressadas no processo legislativo e que servem de indícios da opinião pública da comunidade. Isto é corroborado pelo fato dos políticos terem representatividade em relação aos seus eleitores, permitindo identificar as convicções que

⁴²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165-171

⁴²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 174-180

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 404-405

permeiam a comunidade com alguma precisão. Hércules tem como dever respeitar a integridade da história legislativa, pois a viga da equidade recairá sobre os juízos legislativos e determinantes de sua elaboração. Assim, Hércules vai desvelar os fundamentos políticos que orientam a ação do Estado em face dos comandos contidos na legislação e que servem ao repertório principiológico.⁴³⁰

Sintetizando o que foi dito até então, Hércules, observará, dentro do contexto histórico, os princípios aplicáveis ao caso difícil. Primeiramente, Hércules vai analisar como esses princípios são desenvolvidos nos precedentes judiciais para, somente então, encontrar qual o princípio que será aplicado para formulação da decisão judicial. Por isso a afirmação de que Hércules deverá criar uma teoria de filosofia política para cada caso difícil que for decidir, pois precisará compreender os fundamentos políticos que compõem o direito e a história social. Trata-se, pois, de uma interpretação que reconstrói a história social para resolução do caso difícil.

Dworkin busca na literatura uma analogia para compreender como se dá a interpretação jurídica. Da mesma maneira que um artista cria enquanto interpreta e o crítico cria quando interpreta, os juízes são autores e críticos. Aos julgadores compete desenvolver os institutos jurídicos e os princípios em suas diversas dimensões, introduzindo, simultaneamente, acréscimos na tradição jurídica a partir da interpretação. Os juízes são, por excelência, autores e intérpretes do processo interpretativo, atuando dentro de um romance em cadeia.⁴³¹ Tal abordagem se aplica, em especial, aos casos difíceis, pois requer um aperfeiçoamento do próprio direito, ao passo que, nos casos fáceis, é possível construir uma interpretação única.⁴³²

Cada julgador é um romancista produzindo uma obra coletiva, de tal maneira que deverá observar os capítulos anteriores para elaborar sua contribuição – ou seja, o julgador, para criar e interpretar o direito, ao ler o que foi produzido até então. É esta a sistemática que será aplicada nos casos difíceis, o que conota ao magistrado um dever de “ler” tudo que foi produzido, em matéria de precedentes, pelos juízes anteriores. Assim, a segurança jurídica partirá da busca pelo registro da história jurídica contada pelos precedentes.⁴³³ Em outras palavras, cada romancista – juiz – deverá criar seu capítulo – decisão – com a maior fluidez

⁴³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 408-410

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275

⁴³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 241

⁴³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235-238

possível. Para tanto, deverá interpretar o material – precedentes – recebido, preservando a integridade e a coerência do todo, sob pena de desfigurar o empreendimento literário – direito.⁴³⁴

Com cada novo caso a ser analisado, o juiz será um parceiro desse empreendimento em cadeia, dando continuidade à história institucional que está depositada nas práticas jurídicas. O julgador olha para o passado para construir o agora e, futuramente, sua decisão também será objeto de análise em novos casos difíceis, como um componente institucionalizado do direito. Pelo direito ser um construto político orientado à coordenação das relações sociais, não pode o juiz inventar uma história melhor. Portanto, o julgador deverá respeitar à própria história jurídica dos precedentes, o que implica na argumentação frente às decisões anteriores, em especial quando houver superação da tese jurídica outrora empregada.⁴³⁵

Por meio do romance em cadeia, a atuação de Hércules é dividida em quatro etapas. Na primeira, o mítico julgador deverá selecionar as hipóteses que correspondem à melhor interpretação dos precedentes, ainda que não os tenha lido. Com isto, Hércules fará um recorte dos precedentes que são aplicáveis e listará as soluções jurídicas que podem ser obtidas. Após, no segundo momento, Hércules irá verificar cada uma dessas hipóteses a luz dos princípios pertinentes ao caso, descartando aquelas interpretações que não se coadunam com o que foi decidido outrora. Na terceira etapa, Hércules irá verificar a compatibilidade das hipóteses restantes com a coerência do direito, em uma visão mais ampla do que a temática sob análise, ante a totalidade da prática jurídica. Por fim, na quarta e última etapa, Hércules irá buscar a coerência global da decisão produzida, verificando a adequação da sua teoria em face da moral política expressa pela comunidade.⁴³⁶

O arremate da teoria de Dworkin vem com a percepção de que há somente uma única resposta correta para os casos difíceis, dado que o juiz deverá escolher somente uma interpretação a ser aplicada. A decisão levará em conta a coerência e a moral política que permeia a comunidade, recorrendo aos princípios para encontrar o argumento que dará sustentação necessária à interpretação jurídica. Isto ocorre mesmo quando há divergência em torno da moral política do juiz, pois há, acima de tudo, um dever jurisdicional com a

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 276-278

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 239-240

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 288-294

adequação e com a coerência, consoante as convicções pessoais do julgador se submeterem à dialética dos direitos que estão em jogo.⁴³⁷

Aliado ao romance em cadeia, o método Hércules e o julgamento por princípios permite a Dworkin fechar as margens de discricionariedade e decisionismo do julgador, logrando êxito em trazer uma solução para as críticas que desfere ao positivismo jurídico hartiano:

[...] a ideia de interpretação jurídica como um romance em cadeia se liga à noção de comunidade de princípios, pois, para uma correta compreensão, interpretação e aplicação dos textos normativos, o juiz, enquanto representante dessa comunidade de princípios, deve fazer valer a produção jurídica dessa própria comunidade de princípios. Em outras palavras: o Direito não é algo que esteja à livre disposição do Estado, podendo os poderes políticos produzirem os textos normativos ao seu bel prazer. Ao contrário: a própria ideia de integridade na legislação exige que a comunidade personificada, o Estado, produza tais textos como se fosse a produção de um único autor, a própria comunidade de princípios que desenvolve sua história e seu Direito a partir das lutas sociais e das interpretações construídas por essa comunidade ao longo da história. Da mesma forma, a integridade na jurisdição ou na aplicação do direito exigirá do juiz, enquanto membro do Estado e representante da comunidade, porque membro dela, que compreenda, interprete e aplique as normas de modo a que seu resultado compra duas exigências simultâneas: a decisão deve demonstrar que trata os membros da comunidade com igual respeito e consideração e que tal decisão se ajusta ao conjunto de decisões do passado que foram construídas pela própria comunidade.⁴³⁸

Dito isso, a teoria de Dworkin enfatiza a necessidade do intérprete reconstruir o ordenamento jurídico, em sua essência, para então construir uma interpretação metódica, dando o contexto necessário ao direito vigente. Isto contextualiza e atribui peso aos princípios jurídicos frente à comunidade ética.⁴³⁹ É por isto que, para Dworkin, não basta analisar quem decide ou como decide, pois é imprescindível observar o elemento histórico, como forma de satisfazer o primado da segurança jurídica. Encerrada a análise da teoria proposta dworkiana, o próximo item irá abordar a teoria da argumentação de Klaus Günther e suas aplicações no direito e na moral, a partir dos discursos de justificação e aplicação.

⁴³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305-308

⁴³⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 123

⁴³⁹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2018. p. 135

3.2.2.2 Klaus Günther e os discursos de aplicação e fundamentação do direito

Desde a antiguidade se busca uma regra de ouro, manifestada no princípio de universalização, que explique a troca de papéis entre agente e ouvinte. Aí se inserem as regras de imparcialidade, de sorte que o agente substitua seus interesses por uma lei universal, o que proporciona um mínimo de justiça e racionalidade morais para as ações. Neste conspecto estão inseridas as posições do agente, do afetado e do espectador. Diante deste cenário, Günther irá desenvolver sua abordagem em torno do princípio de universalização que se manifesta no discurso, observando como se dá a aplicação da norma correta – ou adequada.⁴⁴⁰

Klaus Günther toma, como ponto de partida, o construto de Habermas em torno da ética do discurso, valendo-se do elemento discursivo como mecanismo para fundamentar as pretensões de validade. Assim é possibilitado o resgate argumentativo das pretensões de validade e de correção, além do sentido ilocucionário esperado pelo falante. Ora, Günther, enquanto herdeiro da filia dialógica habermasiana, vai empregar o princípio da universalização como a regra argumentativa responsável por formar os juízos imparciais em torno de uma norma.⁴⁴¹

Daí Günther considerar a argumentação tanto como procedimento quanto como um processo. Será procedimento, pois os participantes ingressam no discurso com o objetivo de buscar cooperativamente a verdade, com esteio nas regras de reconhecimento mútuo e na divisão dos encargos argumentativos. De outro lado, a argumentação é processo por objetivar a realização do consenso racionalmente motivado, o qual se escora na consagração do melhor argumento.⁴⁴²

Günther parte dos postulados de aceitabilidade racional que compõem o princípio do discurso e da situação ideal de fala, elementos característicos do agir comunicativo. Por isso que considera a impossibilidade de existir uma norma perfeita, pois seriam necessários conhecimento e tempo infinitos para que sua justificação discursiva fosse alcançada. É que somente assim os participantes do discurso teriam condições de prever todas as consequências

⁴⁴⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 195-196

⁴⁴¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35

⁴⁴² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36

possíveis e imagináveis para aquela norma, separando, de maneira autorregulativa, os casos possíveis de sua aplicação.⁴⁴³

Nesse sentido, Günther não aborda o grau de verdade ou de correção das sentenças normativas, mas sim sua adequação em face da situação, pois a verificação da validade de uma norma somente ocorre no momento de sua aplicação. Isto embasa a proposta de separar os discursos de justificação dos discursos de aplicação da norma, utilizando o princípio da coerência como o critério da aplicação normativa. Günther ainda observa que esse procedimento será mediado pela ética do discurso e pela argumentação jurídica.⁴⁴⁴

Günther identifica uma dialética entre validade geral e os contextos nos quais a situação de aplicação da norma se encontra. De um lado, o sentido forte do princípio de universalização requer condições impossíveis de tempo para tematizar todas as situações possíveis. De outro lado, a versão fraca está restrita aos discursos de fundamentação e ao resgate das pretensões de validade, na condição de uma regra de argumentação⁴⁴⁵ Por não estar adstrita aos interesses colidentes, a aplicação da norma não irá considerar todo o estado de coisas, pois a aplicabilidade se dá *prima facie*, ou seja, provisoriamente. A aplicação adequada dependerá do discurso de aplicação, a partir do qual são abordadas as circunstâncias próprias da situação fática na qual a norma incidirá.⁴⁴⁶

Nas palavras de Günther:

Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada. Eles “recontextualizam” a norma, extraída do seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo.⁴⁴⁷

Com efeito, as normas válidas pressupõem as circunstâncias nas quais serão aplicadas, o que ocorre em um sentido abstrato, sendo imprescindível verificar sua adequação em face dos interesses colidentes do caso concreto. Pela separação dos discursos, Günther fala na existência ideal de uma norma perfeita, consoante ser impossível que uma única norma preveja todos os casos nos quais será aplicada. Logo, o discurso de justificação da norma

⁴⁴³ GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 156

⁴⁴⁴ GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 155-156

⁴⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37

⁴⁴⁶ GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 157-158

⁴⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 38

reside na sua validade, enquanto o discurso de aplicação tratará da sua adequação.⁴⁴⁸ Deste modo, cada procedimento, cada processo e cada caso se tornam únicos em Günther.⁴⁴⁹

É por isso que Günther reconstrói a versão forte e idealizada do princípio da universalização, com a validade e a adequação das normas tornando-se condicionadas à aceitação por todos os destinatários. Afinal, é necessário levar em conta todos os efeitos colaterais frente aos interesses individuais de cada um. Através dessa abordagem, o princípio universalizante contemplará a imparcialidade da aplicação que reside na singularidade de cada caso.⁴⁵⁰

Günther trabalha com uma visão própria da versão fraca do aludido princípio, pois a validade e a adequação das normas dependerão das consequências. Essa aceitação deverá compreender todos os alcançados pela norma, sob as mesmas circunstâncias, dentro de um momento atual e não absoluto ou hipotético. Há a intenção de conhecer as características situacionais que podem ser relevantes para os interesses dos destinatários no momento da aplicação da norma. Dessa maneira, haverá o deslocamento da tematização do eixo da validade para o da adequação no contexto fático posto.⁴⁵¹

Em síntese, Günther afirma:

A versão mais fraca de “U” parte de uma proposta já selecionada de norma, para colocá-la em uma perspectiva situacional generalizante e relacioná-la com os interesses virtuais de todos. Por isso, esta versão deve ser complementada por um discurso de aplicação que relate a perspectiva específica da situação e a relacione com os interesses dos outros como pessoas concretas.⁴⁵²

Enquanto uma construção linguística, a norma contém um conteúdo proposicional e é semanticamente indeterminada, assim como as demais declarações produzidas em uma comunidade de falantes. Essa vagueza semântica se mostra relevante em um contexto normativo, a partir do qual a relação entre os conteúdos proposicional e ilocucionário ganha um contorno de indeterminação pragmática. As normas são usadas como atos de fala que expressam julgamentos singulares ao ouvinte, sob a coordenação dos atos regulativos.⁴⁵³

⁴⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 159

⁴⁴⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 196

⁴⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29

⁴⁵¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30-31

⁴⁵² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33

⁴⁵³ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 410-411

Desta feita, não se pode inferir a adequação da norma e da aplicação de suas situações exclusivamente pela validade, já que a norma válida será objeto de tematização, considerando os efeitos performativos do ato de fala que a envolvem. Günther reforça a necessidade do falante utilizar os atos de fala regulativos, para situar o ouvinte, a partir das características da situação aptas a influenciar a escolha da norma e da sua interpretação. Quando o ouvinte questiona a aplicação adequada da norma, não está impugnando a validade do postulado normativo, mas sim demonstrando que possui uma perspectiva diferente da situação, cujos atributos podem conduzir à verificação de outras normas aplicáveis.⁴⁵⁴

Essa abertura para os discursos de adequação permite resolver a indeterminação pragmática que se faz presente no direito. Na visão de Günther, a indeterminação do direito é uma consequência da autonomia da vontade humana presente na busca por padrões comportamentais que não ficam restritos a normas engessadas e que colidem com a complexidade das sociedades diferenciadas. Daí a compreensão que as regras jurídicas se deslocam, a depender do marco teórico, entre normas *ad hoc* e normas perfeitas. As primeiras independem da situação nas quais serão aplicadas, ao passo que as segundas já contemplam, todas as hipóteses previamente delimitadas em seu âmbito de incidência.⁴⁵⁵

Ainda, Günther destaca que as abordagens em torno da validade e da adequação da norma e os motivos empíricos que determinam a sua aplicação não garantem um padrão de observância universal. O juízo da eficácia normativa não encontra condições factuais suficientes na validade e na adequação, pois se tratam de elementos que não detêm o condão de garantir uma aplicação imparcial. Para alcançar a imparcialidade na aplicação normativa é necessário que haja um procedimento discursivo bem delimitado.⁴⁵⁶

Necessariamente, a teoria de Günther requer a colisão entre duas normas para ser desenvolvida, pela qual se distinguem as normas *prima facie* ou provisórias das normas absolutas. A distinção entre as espécies se dá pelas normas *prima facie* terem razões que implicam uma suposição de baixa validade coercitiva. De outro lado, as normas absolutas são impostas em face de uma ação ou não, considerando todos os elementos da circunstância fática na qual irão incidir. A operação das normas absolutas ocorre como um dever ponderado e que não colidem dentro de condições inalteradas. O discurso de aplicação se presta, efetivamente, a solucionar as colisões de normas *prima facie*, as quais se chocam ao

⁴⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 411-412

⁴⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 407-409

⁴⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 418-419

ocasionar resultados inconciliáveis, mediante as condições de ação que permeiam a situação fática. Em outras palavras, se trata de identificar, dentre as normas *prima facie*, qual é aquela mais adequada ao caso em análise.⁴⁵⁷

Para melhor compreender a distinção e a ponderação das normas, Günther recorre à obra de Robert Alexy, cuja separação ocorre no nível de princípios e regras.⁴⁵⁸ Para Alexy, os princípios detêm aplicabilidade *prima facie*, enquanto as regras são mandamentos definitivos. Os princípios comportam-se como mandamentos de otimização, pois determinam a realização de certo bem na maior proporção que for possível, considerando os limites fáticos da situação. Já as regras sempre trazem determinações a serem cumpridas pelos seus destinatários, diferentemente do que ocorre com os princípios. A distinção entre uma espécie e a outra salta aos olhos quando existem conflitos entre direitos fundamentais. O conflito entre as regras é resolvido através da inserção de uma cláusula de exceção em alguma delas, com a sua aplicabilidade sendo afastada. Caso não seja possível tal iniciativa, uma das regras colidentes deverá ser declarada como inválida.⁴⁵⁹

Por outro talante, a colisão entre princípios é solucionada a partir do balanceamento, com observância do peso de cada princípio para determinar, assim, qual irá ceder. Como cada princípio colidente restringe as possibilidades do outro ser concretizado, faz-se necessário estabelecer uma relação de precedência condicionada entre ambos, nos termos das particularidades do caso em análise. Ora, na medida em que os princípios desenham circunstâncias contraditórias entre si, aquele que tiver maior peso terá precedência sobre o outro, sinalizando qual a resposta jurídica será aplicada. De toda sorte, trata-se de uma análise realizada no campo da validade e não na seara da adequação.⁴⁶⁰

Com base nessa construção, Alexy elenca a ponderação como mecanismo jurídico apto a realizar o balanceamento e atribuição de pesos aos princípios colidentes. Trata-se de uma parte do princípio da proporcionalidade, a qual é composta por três subprincípios: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três subprincípios são responsáveis por expressar o mandamento de otimização dentro dos liames fático e jurídico. a adequação e a necessidade dão conta das possibilidades jurídicas e a proporcionalidade em sentido estrito trata dos limites jurídicos. Em outras palavras, a adequação é o subprincípio

⁴⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 198-201

⁴⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 202

⁴⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-92

⁴⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-97

que bloqueia uma medida estatal que impeça a realização de um determinado princípio sem estabelecer uma meta necessária de otimização.⁴⁶¹

Outrossim, são inadequados os custos de uma medida que interferem no princípio colidente e afetam negativamente os interesses jurídicos correlatos. Nesses casos, o custo de aplicação é superior ao da não aplicação, pois não irá produzir nenhum resultado desejado. A adequação finda sendo uma consequência jurídica da teoria de Pareto, que, inclusive, deve começar a ser observada pelo legislador no momento da elaboração legislativa. De outro lado, o subprincípio da necessidade envolve a escolha das alternativas que promovam adequadamente os princípios em análise, pois deverá sempre ser escolhida a alternativa que menos interferir nos princípios colidentes.⁴⁶²

O último subprincípio dá conta do balanceamento nos termos das possibilidades jurídicas e é decorrente da expressão otimizatória dos direitos fundamentais. Considerando que o balanceamento determina que quanto maior for o detrimento de um princípio, maior deverá ser a satisfação do outro princípio colidente, afastam-se interferências gravosas que impliquem um resultado concreto insatisfatório.⁴⁶³ Adentrando na estrutura da proporcionalidade, surge a fórmula-peso, enquanto mecanismo racional-dedutivo análogo à subsunção que instrumentaliza todo o balanceamento, a partir de uma escala duplo-triádica. Pela dita gradação, composta de três graus, sendo a primeira leve, a segunda média e a última grave, é mensurado o peso concreto de cada princípio pela sua importância e pela intensidade da intervenção estatal.⁴⁶⁴

Günther utilizará a solução de Alexy sobre o conflito de princípios para construir o passo a passo da argumentação nos discursos de adequação, a fim de solucionar as colisões a partir da descrição ampliada da situação.⁴⁶⁵ Antes de chegar à ponderação propriamente dita e às críticas de Günther⁴⁶⁶, é necessário compreender as quatro etapas que serão descritas a seguir e que compõem o procedimento dos discursos de aplicação: a) definição da situação

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110-112

⁴⁶² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111-116

⁴⁶³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 132-134

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 159-160

⁴⁶⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 217

⁴⁶⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 227-230

completa; b) relação entre a situação e o universo de normas aplicáveis; c) seleção da norma adequada; d) coerência entre a norma selecionada e as preteridas.⁴⁶⁷

O recorte situacional é realizado a partir das normas *prima facie*, veiculando as alegações que explicam a escolha dos dados pelos agentes. Essas descrições podem ser confrontadas com um discurso teórico para serem determinadas em seu grau de verdade, pois os participantes da argumentação devem obter um grau de unanimidade em relação ao conteúdo das razões alegadas.⁴⁶⁸

Em seguida, são verificadas quais as razões argumentativas sustentam a definição da situação em tela, para identificar o universo de normas aplicáveis. Essa análise consiste na segunda etapa a ser realizada para a efetivação do discurso de aplicação. A descrição das normas aplicáveis configura o que Günther chama de esgotamento normativo, responsável por gerar as colisões da norma frente à situação em tela. Serão potencialmente adequadas, nesta etapa, as normas aceitas para a situação a partir das relações, consequências e efeitos colaterais que possuem. Nesse momento não há qualquer análise, em relação a escolha da norma, que implique em qualquer invalidade normativa.⁴⁶⁹

A etapa subsequente envolve a resolução da colisão normativa, a qual está afastada das questões de validade. Tem-se aqui a aplicação da regra de precedência contida na ponderação de Alexy e que se encontra descrita acima. Há uma adaptabilidade nas normas que permitem sua relação com as determinantes fáticos, de modo que o caso terá a aplicação de uma norma, sem refutar a importância das demais. Todavia, diferentemente de Alexy, Günther afasta qualquer relação entre o caráter valorativo e a estrutura normativa, pois o discurso de adequação não pode subjugar o de validade. Assim, deve-se efetivamente observar os interesses que se chocam junto às normas colidentes.⁴⁷⁰

Deste aparato, Günther irá sacar dois critérios de coerência: a) a norma será adequada quando for compatível com todas as variantes de significados aplicáveis ao caso e com todas as normas, dado que a validade de todas as variantes seja justificada pelos discursos de fundamentação; b) a norma será adequadamente aplicável quando for compatível com todas as outras normas aplicáveis e aptas à justificação via discursos de fundamentação baseados no modo de vida. Continuando, os modos de viver são estereótipos normativos

⁴⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 194

⁴⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 218-219

⁴⁶⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-226

⁴⁷⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 227-228

racionalizados e virtualmente universais que fornecem as razões, encontrando-se aqui com o conceito de mundo da vida empregado por Habermas.⁴⁷¹

Günther ao formular o primeiro critério de adequação:

O critério formal para adequação [é] a coerência da norma com todas as demais normas e todas as variantes de significado aplicáveis em uma situação. [...] Somente poderão ser consideradas em colisão aquelas normas que forem igualmente válidas. Em todos os outros casos, a precedência incontestada seria das normas *prima facie*.⁴⁷²

Pela exigência de uma imaginação infinita para identificar quais são as normas passíveis de justificação, Günther propõe uma complementação do primeiro critério. Esse segundo critério de adequação é descrito da seguinte forma:

[...] ao fazer uma decisão de relevância, sempre recorreremos a normas comprovadamente válidas. Consequentemente, poderemos referir-nos sempre àquelas normas válidas que façam parte de um respectivo – o nosso – modo de vida. Em vista disso, [...] uma norma [...] é adequadamente aplicável [...] se for compatível com todas as outras normas aplicáveis [...] que fazem parte de um modo de vida [...] e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação (às variantes de significado poderão ser aplicados critérios correspondentes).⁴⁷³

Antes de inserir a proposta teórica de Günther no âmbito do discurso jurídico, é importante assinalar a maneira que o jurista alemão enxerga o Estado Democrático de Direito. Para Günther, trata-se de um modelo no qual há um enlace entre o princípio discursivo com a forma jurídica que contém o direito subjetivo à liberdade de ação. Trata-se de um aparato, consoante elucidado previamente por Habermas, que está alicerçado na autonomia política do cidadão, cujo nascedouro reside na cooriginalidade entre os direitos humanos e a soberania popular.⁴⁷⁴

Günther compreende que somente os direitos humanos garantem a participação nos procedimentos da democracia deliberativa, a partir da qual é realizada a institucionalização jurídica do fator democrático. Tem-se aqui tanto a inclusão como a abertura do procedimento democrático para a participação de todos os destinatários, o que reforça a interdependência entre democracia e direitos humanos. Portanto, o produto da interpretação realizada pelo uso

⁴⁷¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230-231

⁴⁷² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 230

⁴⁷³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 231

⁴⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. Interpretações liberais e teórico-discursivas dos direitos humanos. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos**: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 219

público da razão tem sua legitimidade circunscrita ao procedimento universal de intercâmbio argumentativo.⁴⁷⁵

Esse procedimento é que vai vincular as vontades dos participantes da atividade discursiva ao melhor fundamento, pois o consenso não é somente um somatório de preferências individuais. Com efeito, o vínculo entre vontade e razão é que serve de base para motivação equitativa do discurso sob a luz dos argumentos livres de coerções externas. Igualmente, é essa relação que possibilita visualizar a distinção entre o assentimento racionalmente motivado do arbitrário. E esta estrutura é aproveitada pelos procedimentos deliberativos do Estado Democrática de Direito, fazendo o elo entre as pretensões de verdade e o exame contínuo nos fundamentos. De um lado, as pretensões de verdade não devem ser exauridas nem consideradas como absolutas pela aceitação de parcela dos fundamentos. De outro, o exame contínuo dos fundamentos acarreta a correção contínua dos argumentos veiculados.⁴⁷⁶

No âmbito jurídico, a aplicação do direito é institucionalizada pela legislação como uma forma de comunicação que segue procedimentos definidos pelo poder burocrático do Estado. Já com a administração da justiça, as normas jurídicas e os sistemas normativos tomam forma diante das situações específicas nas quais devem ser aplicadas. O ponto de partida desses três elementos é dado pelo sentido específico do postulado jurídico. Logo, a jurisprudência vai produzir interpretações avançadas que trazem à tona o total de normas válidas em um sistema coerente e as modelam para tipos específicos de aplicação. A atividade desempenhada pelos tribunais é pautada pelo emprego dos cânones interpretativos construídos pela doutrina.⁴⁷⁷

Günther adverte, diante do mecanismo acima, que não se deve abordar a aplicação das normas de maneira funcionalista, pois a teoria da adequação implica um procedimento argumentativo para cada nova situação que se desenha. O jurista alemão não pretende reduzir, em face da indeterminação do direito, os parâmetros de correção e adequação a uma reinterpretção empírica funcionalista. Logo, o intérprete não pode formular o discurso de adequação sob parâmetros pré-estabelecidos do que é jurídico e não-jurídico ou do que é lícito e ilícito. O que se permite ao intérprete é a possibilidade de justificar o discurso de aplicação

⁴⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. Interpretações liberais e teórico-discursivas dos direitos humanos. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 225-227

⁴⁷⁶ GÜNTHER, Klaus. Interpretações liberais e teórico-discursivas dos direitos humanos. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 228-229

⁴⁷⁷ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 420

em um pano de fundo composto por uma seleção predeterminada de opções adequadas para certo caso. Como as normas detêm aplicabilidade *prima facie* – ou provisória –, surge o risco de colisões normativas, diante das quais o intérprete deverá identificar as restrições existentes no discurso de adequação para determinada situação.⁴⁷⁸

O modelo de Günther autoriza debater, no campo teórico, a legitimidade da jurisdição. Afinal, existe o questionamento da aplicação jurisdicional do direito deter uma legitimidade autônoma ou se é um fenômeno decorrente da legislação. Esse debate existe desde a separação entre as instituições do legislador e aplicador do direito, que outrora eram unificadas na figura do rei. Para responder a este questionamento, existem duas abordagens representadas por metáforas diferentes.⁴⁷⁹

A visão de que o juiz aplica a legislação conferida por um legislador democrático é denominada de modelo da correia de transmissão, de modo que o direito faz a ponte entre a vontade geral e o julgamento do caso singular. Portanto, o significado da lei seria idêntico para o legislador e para o juiz, pois a aplicação do direito simplesmente transfere a validade da norma geral para um caso específico. Já o segundo modelo pressupõe que a interpretação judicial tem uma legitimidade própria que é independente da legislação, de modo que as leis e as decisões judiciais são como bolas de bilhar que rolam em diferentes direções e eventualmente se esbarram.⁴⁸⁰

Günther, em uma análise preliminar, afirma que nenhum dos dois modelos é aplicado em sua forma pura, a despeito dos arranjos democráticos contemporâneos tenderem ao modelo da bola de bilhar, reafirmando, assim, a independência da jurisdição.⁴⁸¹ A ideia trazida por Günther circunda uma abordagem que segue por um caminho comum, substituindo a vontade geral para um procedimento imparcial de aplicação, no qual não se pratica uma redução subsuntiva do geral para o particular e nem se recorre ao reconhecimento de instâncias de legitimidade distintas.⁴⁸²

Com a abordagem günthiana, pode-se renunciar à vontade geral como médium entre o legislador democrático e a interpretação judicial, sem riscos de perder os direitos à liberdade

⁴⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 420-424

⁴⁷⁹ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 36

⁴⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 36-37

⁴⁸¹ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 38

⁴⁸² GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 43

e à igualdade e sem violar o princípio da autonomia política, pois as características discursivas do procedimento de aplicação serão responsáveis por preservar esses elementos. Esse terreno comum entre legislação e jurisdição pode ser enxergado tanto no esquema coerente de princípios de justiça e equidade, descritos por Dworkin, quanto no discurso racional institucionalizado pelo sistema de direitos, na visão de Habermas.⁴⁸³

Daí que Günther reforça a necessidade do discurso de aplicação, justificando a escolha imparcial daquela norma para o caso específico. Caberá à argumentação jurídica cumprir os requisitos procedimentais da jurisdição necessários ao discurso de aplicação. Neste paradigma, são levadas em conta as particularidades relevantes do caso em análise e a norma deverá ser justificada como aquela mais coerente e mais adequada perante as outras normas válidas e aplicáveis. Para materializar a imparcialidade, o procedimento discursivo deverá contemplar todos os participantes que são potenciais destinatários da norma e aqueles que não tem vinculação direta com o julgamento. Ambas as categorias de participantes deverão indicar qual o espectro de normas e quais os fatos são relevantes para identificar a norma adequada.⁴⁸⁴

A divisão entre os papéis dos participantes que são destinatários em potencial e aqueles que não o são reforça a imparcialidade na medida em que as maneiras de justificar a adequação da norma mudam. Enquanto espectadores neutros, os participantes não envolvidos afastam eventuais ilações paradoxais no momento da aplicação da norma, oferecendo um panorama argumentativo completo. Isto ocorre porque esses terceiros são representantes do sistema de todas as normas válidas que são compartilhadas igualmente pelos participantes. No caso da argumentação jurídica, esse terceiro imparcial é constituído na figura do juiz, cujo papel é de restringir seu argumento à interpretação coerente das normas válidas que são pertinentes ao caso.⁴⁸⁵

Enquanto terceiros imparciais, aos juízes é imposto o ônus argumentativo de justificar racionalmente a decisão, tanto em relação aos litigantes quanto aos cidadãos em geral. Vale destacar que a própria sociedade civil, composta pela cidadania ativa, é enquadrada como um quarto participante, pois as decisões judiciais podem ser questionadas publicamente. Ao término do processo, a decisão se tornará um paradigma vinculante, ao formar um precedente judicial, o que, em última análise, implica a modelagem do próprio

⁴⁸³ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 44-45

⁴⁸⁴ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 47-49

⁴⁸⁵ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 49-50

sistema jurídico, pela via da interpretação democrática que atende aos primados da autonomia privada, da seguridade social e da autonomia pública. Se com a interpretação judicial sobrevierem grandes mudanças normativas, caberá ao público inaugurar os procedimentos democráticos de justificação que conduzem a uma nova legislação. Afinal, o juiz não é a personificação do sistema jurídico, mas sim um verdadeiro representante do direito que deverá justificar suas interpretações coerentes perante o público democrático.⁴⁸⁶

A proposta de Günther acaba resvalando no conceito de integridade de Dworkin como a busca da melhor justificação, consoante os direitos precisam ser descobertos em seu sentido de adequação, considerando os aspectos imparciais e relevantes de uma dada situação. Logo, cabe ao juiz inserir os argumentos principiológicos e sopesá-los, nos limites da interpretação jurídica coerente com os princípios fundamentais da comunidade política.⁴⁸⁷

Ao ser aplicado na adjudicação, o princípio da integridade comporta a exigência de que casos semelhantes sejam tratados de modo igual, pois a coerência dos princípios deve ser compatibilizada com a moralidade política. Como um desdobramento do direito a igual respeito e consideração, o princípio da integridade assume três sentidos distintos na visão de Günther como: a) igual respeito e consideração como uma regra de argumentação de discursos práticos que fundamenta a norma em um parâmetro de imparcialidade; b) necessidade do princípio da integridade estar imerso em uma teia de relações solidárias de convivência no âmbito da comunidade política, já que a legislação considera os membros da comunidade como iguais; c) princípio que orienta os discursos de adequação, a partir do qual as condições de reconhecimento e tratamento igualitário dos casos em análise em relação aos princípios como direitos.⁴⁸⁸

Compreendendo como é a operação da teoria güntheriana, a próxima etapa envolverá uma análise do modelo procedimental edificado por Habermas e que toma como base as considerações de Dworkin e Günther. Será verificada como é feita a inserção do agir comunicativo como forma de reconstruir a racionalidade da jurisdição. Com isto, será possível visualizar como é o modelo procedimental de aplicação do direito e qual seu alinhamento com o desenvolvimento de uma argumentação racional no curso da adjudicação. Objetivo será a verificação dos requisitos procedimentais da decisão judicial e do direito processual que são identificados no quinto capítulo da obra *Facticidade e Validade*.

⁴⁸⁶ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 50-53

⁴⁸⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 268-269

⁴⁸⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 271-274

3.3 O MODELO DE DECISÃO JUDICIAL PROCEDIMENTAL DE HABERMAS

Habermas buscará suporte nas obras de Dworkin e Günther para a construção de um modelo de aplicação do direito que esteja de acordo com a prática argumentativa do modelo procedimental. Em essência, Habermas objetiva uma estratégia reconstrutiva que satisfaça às questões em torno da legitimidade e da segurança jurídica da decisão judicial. Trata-se de resolver as consequências diretas da problemática entre facticidade e validade que se desdobra para a decisão judicial. A ideia do frankfurtiano é, em sínteses, aplicar as condições ideais pertinentes ao exercício das autonomias do cidadão tanto nos processos legislativos quanto na aplicação do direito pelos juízes.⁴⁸⁹

Como ponto de partida, Habermas consagra Dworkin como seu primeiro teórico de eleição, pois reconhece nele o mérito de superar, em um único arremate, as deficiências do positivismo, da hermenêutica e do realismo jurídico. Com isto, a teoria de direitos dworkiana fornece as ferramentas para que Habermas resolva a tensão entre facticidade e validade que se reproduz na indeterminação do direito e nos fenômenos de adjudicação.⁴⁹⁰ Dworkin vai defender a necessidade de decisões consistentes e que garantam a segurança jurídica, o que supera o realismo jurídico. De outro lado, Dworkin sustenta a existência de uma única decisão correta à luz dos princípios, o que ataca o positivismo. A pré-compreensão da hermenêutica será impugnada pelo juiz não ficar restrito à tradição histórica, de modo que irá reconstruir a história institucional do direito.⁴⁹¹

A conexão entre Habermas e Dworkin é facilitada pelo fato de ambos focarem em decisões legais e não factuais, observando neste percurso a perspectiva interna do juiz. Para ambos, a decisão judicial é limitada por garantias de legitimidade e encontram requisitos principiológicos. Ademais, esse liame fica mais claro quando se observa o elemento fenomenológico que reveste tanto o romance em cadeia de Dworkin quanto o mundo da vida em Habermas, instituições que se retroalimentam de suas próprias produções.⁴⁹²

É a partir e para além de Dworkin que Habermas encontra as respostas para satisfazer as imposições da aceitabilidade racional com a segurança jurídica. A conexão de Habermas com Dworkin ocorre pois ambos compartilham de uma gênese kantiana para a

⁴⁸⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 202-203

⁴⁹⁰ DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41, mar. 2006. p. 18-19

⁴⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 264

⁴⁹² BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 108-109

figura do direito. Esta percepção advém das próprias considerações de Habermas sobre a relação de Dworkin e Kant, haja vista que a norma fundamental equivale ao princípio de direito, pois todos possuem o direito a iguais liberdades subjetivas de ação. Será essa teoria de direitos lançada por Dworkin que trará os pontos de vista e os conteúdos morais para a jurisprudência, o que é compartilhado pela teoria discursiva do direito. Ademais, é através das decisões judiciais que os conteúdos morais são traduzidos para o código jurídico.⁴⁹³

O enfoque construtivista e os casos difíceis de Dworkin retratam sua ruptura com as correntes clássicas do direito, pela distinção entre regras e princípios. O paradigma da racionalidade jurídica é deslocado, dentro da questão dos precedentes judiciais, para a maneira como os juízes enfrentam a indeterminação do direito com suporte dos princípios morais. De seu turno, a segurança é reconstruída pelo juiz, o que traz um vínculo de pertinência entre a decisão produzida e a história de precedentes, na resolução dos casos difíceis. É a percepção de que os argumentos de princípio servem de justificação externa para a decisão que os princípios jurídicos fazem a aplicação do princípio do discurso ao código jurídico.⁴⁹⁴

Tanto as regras quanto os princípios vão ser empregados pelo julgador como argumentos aptos à fundamentação das decisões. De um lado, as regras são aplicadas no tudo ou nada e seu conflito se resolve pela via de uma regra de exceção, ao passo que os princípios requerem um esforço intelectual superior, pois será aplicada a precedência que se verifica casuisticamente ante a tradição moral e o direito positivo. A ideia de Dworkin, lançando mão da razão prática, é que as possibilidades de correção moral do direito sejam testadas no processo interpretativo reconstrutivo. Isso permite ao juiz superar a indeterminação do direito e alcançar a decisão ideal nos termos dos preceitos da coerência e da integridade.⁴⁹⁵

Com as respostas dadas por Dworkin, é possível obter a coerência como uma métrica para validade dos enunciados normativos, a qual se dá por meio de argumentos substanciais. Por sua vez, estes dão sustentáculo aos acordos racionalmente motivados que ocorrem no âmbito do processo judicial. Isto é reforçado pela escolha da norma aplicável à luz dos princípios e do seu conteúdo deontológico, pelos quais se dá a justificação interna do discurso

⁴⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 264-265

⁴⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 266-269

⁴⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 270-272

jurídico na reconstrução do direito vigente.⁴⁹⁶ A estrutura dworkiana adotada por Habermas conclama essa construção, pois os princípios podem competir dentro de uma teoria normativa coerente não competitiva, sem que isso forme uma contradição que imploda o estuário teórico.⁴⁹⁷

É nesta corporatura que o mítico juiz Hércules de Dworkin opera, ao deter a sapiência de todos os princípios válidos e de toda a história institucional do direito, o que lhe permite produzir decisões que atendam à primazia da coerência, da integridade e da equidade. Somente assim é cumprida a seletividade necessária para, simultaneamente, alcançar a decisão correta que se mostra presente em cada caso, identificar os direitos objetivos dos litigantes e harmonizar a legitimidade das pretensões jurídicas com a positividade do direito. Trata-se, pois, de uma tarefa muito mais para o campo teórico do que para o prático, pois o que Dworkin apresenta é uma ideia regulativa a ser seguida pela *práxis* judicante⁴⁹⁸, afinal, assim como os princípios, há um cariz deontológico nas palavras dworkianas. Com efeito, esta aparenta ser a percepção do próprio Habermas como leitor de Dworkin:

Como os juízes, enquanto seres de carne e osso, ficam muito aquém da figura ideal de Hércules, a recomendação de se orientar por essa figura em seu trabalho cotidiano expressa na realidade apenas o desejo de se confirmar uma práxis decisória isenta de interesses, orientações políticas, parcialidade, ideológica e outros fatores externos. Os juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir deles as próprias teorias jurídicas com as quais podem “racionalizar” suas decisões, isto é, dissimular os prejuízos com os quais compensam a indeterminação objetiva do direito.⁴⁹⁹

Dworkin fornece elementos convincentes para gerenciar a indeterminação do direito, cuja origem se dá muito mais pela falha dos juízes em lidar com a reconstrução racional da história institucional do que por alguma característica inerente à estrutura jurídica. Por isso que os críticos de Dworkin apontam para a penetração de fatores extralegais na definição das decisões judiciais. O mais curioso disso é que a figura de Hércules permite ser aplicada em diferentes histórias político-jurídicas, pois, mesmo com o perfil liberal de Dworkin, a bússola sempre apontará para a biografia do direito vigente, que está ancorada no Estado de Direito, na hora de construir decisões.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 273-274

⁴⁹⁷ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 110

⁴⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 275-276

⁴⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 277

⁵⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 277-278

A problemática de Hércules está no grau de idealização que Dworkin faz da teoria política que serve de anteparo para a atividade jurisdicional. Há uma suposta sobrecarga das instituições jurídicas a partir dos pressupostos irrealizáveis que gravitam em torno de princípios antagônicos entre si, impossibilitando a reconstrução do sistema jurídico a contento. Na visão de Habermas, a solução para essa questão é dada por Klaus Günther ao tratar da distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação das normas. Ademais, o recurso de Günther encontra eco na própria resposta de Dworkin aos seus críticos, porque há uma distinção entre os princípios que são contrapostos entre si e aqueles que colidem em um caso concreto.⁵⁰¹

Se a postura de Habermas fosse diferente, acabaria preso em um processo argumentativo sem fim, o qual nunca alcançaria a única resposta correta, e isto denuncia a falibilidade do melhor argumento. Habermas pretenderá descobrir, com Günther, os mecanismos necessários para trabalhar a única resposta correta como aquela construída procedimentalmente em um dado contexto histórico,⁵⁰² consoante se verá a seguir.

Com Günther, Habermas irá encontrar as chaves para fechar a coerência do sistema jurídico, com a inteligência de que as normas válidas são aquelas fundamentadas com imparcialidade e cuja aplicabilidade é *prima facie*. Logo, deverá ser verificada a adequação das normas ao caso concreto a partir de uma decisão válida, imparcial e apta para sustentar os padrões de correção necessários à questão. Isto posto, os discursos de aplicação e adequação preenchem o processo de fundamentação, ante o referencial da situação, e permitem a concretização da norma geral. Este processo interpretativo leva em conta as razões normativas que são relevantes para a interpretação completa da situação ante o estado de coisas presente na norma.⁵⁰³

Cumpre salientar que Habermas tece algumas críticas à teoria guntheriana, pois compreende que Günther transfere os sentidos da coerência do sistema jurídico à constelação de casos possíveis, o que acaba, por via transversa, prejudicando a efetivação da segurança jurídica. A solução para essa questão se mostrará, para Habermas, com uma separação entre aplicar e fundamentar menos restrita que aquela proposta por Günther.⁵⁰⁴ Neste entretanto,

⁵⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 279-280

⁵⁰² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 200-201

⁵⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 281-282

⁵⁰⁴ DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006. p. 26-27

Habermas partirá para uma construção na qual a própria segurança jurídica é um princípio em si e que entrará no sopesamento do caso concreto.⁵⁰⁵

Ao selecionar a teoria de Günther como a mediadora das falhas verificadas em Dworkin, Habermas passa a trabalhar com a indeterminação do direito como a concorrência de normas válidas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto. A seleção dessas normas ocorrerá pela via argumentativa, através dos discursos de aplicação e adequação. Há uma flexibilização das normas válidas a partir das características dos casos a serem decididos, sem colocar de lado o próprio ordenamento jurídico e a segurança jurídica, preceitos que absorvem as oscilações geradas pelas novas interpretações. Esta assimilação irá ocorrer a partir do direito como procedimento, de modo que o princípio da segurança jurídica será igualmente ponderado no caso concreto. O exercício da ponderação ocorrerá à luz da compreensão paradigma do direito dominante, o que impede a sobrecarga da jurisprudência ao reconstruir os movimentos do sistema de normas ante as circunstâncias fáticas.⁵⁰⁶

Dentro do procedimento discursivo, as normas são constituídas a partir das referências dos paradigmas que fazem a descrição generalizada do contexto no qual a própria ordem jurídica está inserida. Esses juízos morais são alocados junto com as demais orientações normativas que se fazem presentes e que são compartilhados intersubjetivamente por todos os membros da comunidade jurídica. Contudo, há de se ter cuidado para evitar que esses paradigmas não se transformem em ideologias que ceguem o direito para as novas experiências históricas. Caso o fechamento ideológico ocorra, o sistema jurídico passará a coibir e reprimir eventuais transformações sociais. Por isso, a proposta procedimental de Habermas pugna pela abertura reflexiva dos paradigmas liberal e social, os reafirmando ante as pluralidades de interpretações possíveis.⁵⁰⁷

Somando-se a isto, como as condições do direito contemporâneo tornam praticamente impossível concretizar a concepção clássica da segurança jurídica, a presença desses paradigmas consegue limitar a indeterminação da interpretação judicial. Se levados a sério e operacionalizados fora de um viés ideológico, os paradigmas formam uma interpretação abstrata do sistema jurídico como um todo e demonstram sua relação com o ambiente social. São esses elementos que permitem identificar como os direitos fundamentais

⁵⁰⁵ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 111

⁵⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 283-285

⁵⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 285-287

e os princípios constitucionais devem ser compreendidos e concretizados no âmbito das sociedades contemporâneas.⁵⁰⁸

Habermas identifica o caráter monológico de Hércules como a grande falha de Dworkin. No entender habermasiano, a concepção do direito como integridade remonta ao próprio aspecto procedimental no qual o Estado Democrático de Direito se ampara. Por isso que Hércules cambia entre o viés dos cidadãos, cujo poder comunicativo legitima o poder estatal jurisdicional, e a ótica de um juiz cuja única garantia de correção interpretativa reside em seu próprio privilégio cognitivo. O ponto fulcral está no solipsismo de Hércules, cuja atuação monológica finda substituindo o agir comunicativo e as práticas argumentativas de reconhecimento mútuo do cidadão na teoria da integridade.⁵⁰⁹

Habermas sugere pensar a relação do cidadão com o poder judiciário a partir de uma sociedade aberta de intérpretes⁵¹⁰, cujo cerne decorre da teoria procedimental de Peter Häberle e dá continuidade à ideia de uma dimensão de *status activus processualis* dos direitos fundamentais. Häberle traz o debate da esfera pública plural para o campo da hermenêutica procedimental no afã de maximizar os direitos fundamentais sob análise. Dessa maneira, a interpretação do texto constitucional deve passar por todas as potências públicas do processo social capazes de pré-interpretar a matéria sob análise, levando assim a opinião pública em consideração.⁵¹¹

Há uma forte preocupação com o pluralismo e com a abertura argumentativa para incluir, como participantes ativos do processo hermenêutico, aqueles que são destinatários da norma. Por isso, a ênfase na participação da esfera pública pluralista como intérprete, já que o processo hermenêutico poderá contemplar as realidades públicas. A formação de uma sociedade aberta de intérpretes implicar reconhecer que os cidadãos são os verdadeiros sujeitos ativos da hermenêutica constitucional.⁵¹²

Portanto, os processos interpretativos devem fazer o elo entre a cidadania e os juristas, o que formula uma interpretação viva da cidadania, de índole pluralista,

⁵⁰⁸ BAXTER, Hugh. **Habermas: the discourse theory of law and democracy**. California: Stanford University, 2011. p. 112

⁵⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 287-289

⁵¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 289

⁵¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13-15

⁵¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 27-33

constitucional e que advém de um processo público que entrelaça os programas normativos com a realidade da sociedade. Dessa maneira, forma-se uma exegese pública que é pautada pela pluralidade de opiniões sociais e transforma o direito em um instrumento procedimental a serviço do bem comum.⁵¹³

De acordo Häberle, a democracia do cidadão é decorrente dos procedimentos de uso público da razão e se mostra mais realista aos direitos fundamentais do que a visão restrita da democracia popular, cujo núcleo fica limitado ao exercício da soberania popular. Essa nova dimensão democrática se dá nos processos de interpretação judicial, os quais permitem identificar as necessidades da comunidade jurídica composta pela sociedade aberta. Assim o processo interpretativo contará com a participação daqueles que são potenciais destinatários da norma.⁵¹⁴

Habermas, valendo-se da teoria de Häberle contra o solipsismo do juiz Hércules, começa a fazer a reconstrução do plano interpretativo do direito como integridade. Em síntese ao exposto, Habermas afirma:

A perspectiva monológica se torna ainda mais insustentável quando se leva em consideração o papel necessário de paradigmas jurídicos como redutores da complexidade [...] Pois a compreensão paradigmática do direito apenas pode restringir a indeterminação do processo decisório teoricamente dirigido e garantir um grau suficiente de segurança jurídica se for intersubjetivamente compartilhada por todos os parceiros do direito e expressar uma autocompreensão constitutiva da identidade da comunidade jurídica. [...] Por isso é necessário um esforço cooperativo para combater a suspeita de ideologia que se aloja sob tal compreensão de fundo. O juiz individual tem de conceber sua interpretação construtiva fundamentalmente como um empreendimento, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.⁵¹⁵

A questão que se coloca para Habermas é como superar tanto a visão monológica de Hércules quanto o nível de exigência que está colocado em suas costas. Habermas entende que o ônus argumentativo e a legitimidade da interpretação construída por Hércules precisam ser sustentados por algo a mais que os *standards*, ou padrões decisórios, profissionalmente comprovados, os quais são ventilados por Owen Fiss.⁵¹⁶ Tais padrões tornam o direito objetivamente possível e servem para afastar o niilismo da compreensão e do entendimento de um texto legal, consoante a interpretação não ser abordada como uma atividade mecânica e nem como uma atividade discricionária. Isto só é possível na atribuição de sentido ao texto

⁵¹³ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2013. p. 89-102

⁵¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38-43

⁵¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 289-290

⁵¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 291

constitucional, que corporifica os valores fundamentais da sociedade através de normas que transcendem o ponto de vista do intérprete. Esse aparato normativo é tido como uma gramática profissional, que cria as limitações para o juiz no momento da interpretação, a partir da relevância e do peso do material jurídico e dos seus conceitos básicos. Portanto, cria-se uma métrica do grau de correção da decisão prolatada a ser verificado pela comunidade jurídica.⁵¹⁷

Para Habermas, essas regras são problemáticas por si só, servindo tão somente como um sistema de ética profissional que legitima a si mesmo. Ademais, essas normas podem ser colocadas em disputa pela própria comunidade jurídica, consoante existirem diferentes *standards*. Tais padrões são identificados nas regras processuais e justificam procedimentalmente a prática decisória. Contudo, os *standards* não garantem a fundamentação interna da argumentação jurídica, mormente ser necessário elaborar uma teoria argumentativa apta a absorver as exigências que Dworkin reputa a Hércules.⁵¹⁸

A derradeira solução virá com uma teoria da argumentação na qual os argumentos veiculam o resgate das pretensões de validade advindas dos atos de fala constatativos e regulativos, conduzindo à aceitação racional dos enunciados pelos participantes do jogo argumentativo. Tal teoria deverá observar não só o produto dos argumentos, como também o próprio procedimento empregado e suas as exigências. Portanto, a argumentação jurídica necessariamente será cooperativa e levará em conta o ideal regulativo da única decisão como a falibilidade da prática efetiva da tomada decisória, de tal maneira que a sentença dependerá tanto da qualidade dos argumentos como do próprio processo de argumentação.⁵¹⁹

Em outras palavras, Habermas funda uma teoria procedimental de argumentação jurídica ao inserir o elemento pragmático do discurso no processo de interpretação do direito e aproximar as características democráticas com o uso dos precedentes judiciais que se faz presente no *common law*. Tem-se um modelo que preconiza a participação popular nos processos de criação e aplicação do direito, desde a gênese da legislação até a crítica das decisões produzidas pelo poder judiciário, que são objeto de análise pela sociedade civil e cujas percepções são veiculadas pelas esferas públicas.⁵²⁰

⁵¹⁷ FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteben Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 201-226

⁵¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 291-292

⁵¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 292-293

⁵²⁰ BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011. p. 115-117

Com a guinada para uma teoria da argumentação jurídica procedimental, Habermas amalha elementos suficientes para assegurar a correção do direito, pela via da aceitabilidade racional de bons argumentos, e pela sustentabilidade da validade sob o cumprimento das condições procedimentais. O produto deste jogo argumentativo está nos acordos racionalmente motivados, os quais absorvem os resíduos de facticidade e conduzem os participantes para a tomada de posições pela vitória do melhor argumento. Mediante a inserção do agir comunicativo na prática da argumentação jurídica, Habermas dá azo a um modelo no qual a teoria do direito de Hércules é uma construção provisória e momentaneamente coerente. Esse construto será submetido às condições procedimentais, com todos os argumentos e informações relevantes sendo colocados em ação, com o objetivo de fazer prevalecer a força motivacional do melhor argumento.⁵²¹

A ideia do melhor argumento é essencialmente pragmática, pois a razão argumentativa envolve o respeito às regras do jogo acerca da aceitabilidade de uma pretensão de validade. Com a submissão da argumentação jurídica à racionalidade procedimental, esse elemento pragmático complementa o nível semântico dos argumentos e oferece concretude aos seus potenciais de motivação racional. Há uma busca cooperativa da verdade que irá materializar a única decisão procedimentalmente correta e isto formará a aplicação do princípio do discurso ao ser aplicado na argumentação jurídica.⁵²²

Habermas afirma:

[...] só se pode julgar se as normas e valores poderiam alcançar o assentimento racionalmente motivado de todos os concernidos a partir de uma perspectiva intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa do plural, que agrega em si, de modo não coercitivo e sem restrições, as perspectivas de todos os participantes no que tange à compreensão que possuem de si mesmos e do mundo. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e de modo generalizado, recomenda-se a práxis argumentativa [...] liberando a intersubjetividade mais elevada de um coletivo deliberante.⁵²³

É exatamente isto que é realizado mediante a inserção dos discursos de aplicação, pois há relação das normas *prima facie* com os interesses dos potenciais destinatários, deslocando a questão da validade para um segundo plano. Portanto, os discursos de aplicação assumem o primeiro plano discursivo para abarcar a compreensão dos destinatários e demais

⁵²¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 293-294

⁵²² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 294-295

⁵²³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 295

atores acerca dos planos de ação e de seus mundos, fazendo a vinculação das diferentes perspectivas interpretativas em relação à situação sob análise.

Por isto que nos “discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes precisam se manter simultaneamente ligadas àquela estrutura universal de perspectiva, que nos discursos de fundamentação se encontrava por trás das normas cuja validade se faz presumida”. Em última análise, essa “circunstância explica também por que o conceito de coerência, exigido para as interpretações construtivas, não se deixa abarcar por caracterizações puramente semânticas, remetendo-nos a pressupostos pragmáticos da argumentação”.⁵²⁴

Na prática, os discursos de fundamentação necessitam de uma amplitude de pretensões de validade, fazendo-se necessária a inclusão discursiva dos participantes e dos parceiros do direito e de suas perspectivas. De outro orbe, os discursos de aplicação deslocam essas perspectivas para a figura do juiz, que terá como incumbência convertê-las umas nas outras.⁵²⁵ Para resolver esta questão, Habermas identifica dois caminhos complementares, sendo o primeiro caminho baseado na obra de Aulis Aarnio e o segundo caminho na teoria de Robert Alexy.⁵²⁶

Aarnio considera as questões concretas de fundamentação das decisões como o núcleo da teoria dos discursos jurídicos, pois a aceitabilidade racional do direito perpassa, obrigatoriamente, pela justificativa sob um ponto de vista interpretativo. Portanto, a justificação se confunde com o próprio procedimento que a legitima, no viés de um discurso prático. Assim, é denominada de racionalidade jurídica instrumental ou de racionalidade legal a utilização de padrões interpretativos baseados nas fontes do direito para promover a justificação no momento de aplicação do direito. Para que a interpretação de um determinado documento jurídico seja justificada racionalmente, considerando todas as fontes do direito, é necessário preencher algumas condições pré-estabelecidas.⁵²⁷

Igualmente, o procedimento discursivo deve ser aceitável e o intérprete deverá dividir os fundamentos com seu auditório ideal e universal, que abarca todos os parceiros do direito. Afinal, os modelos de racionalidade jurídica, por si só, não detêm o condão de garantir a coerência da justificação material da interpretação, daí a necessidade de fundamentação.

⁵²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 296

⁵²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 201-202

⁵²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 296-297

⁵²⁷ AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 187-188

Logo, o preenchimento dos requisitos acima e a preservação dos padrões decisórios permitem que o recipiente do discurso jurídico se interligue, através do sistema valorativo, com o intérprete.⁵²⁸

Já as regras de racionalidade de Robert Alexy oferecem as condições mínimas para que o discurso racional seja justificado no âmbito das sentenças normativas. Toda pessoa apta a falar poderá participar do discurso, problematizando as asserções apresentadas e inserindo novas. Ninguém pode ser impedido de exercer os direitos de fala por coerções internas ou externas. Esses postulados formam a regra geral de justificação pela qual cada agente deverá fornecer as razões que explicam as assertivas que veicula e que necessitam ser adotadas para manter o fluxo argumentativo.⁵²⁹

Ao mesclar a reconstrução de Dworkin com as visões de Aarnio, Alexy e Günther, Habermas ergue uma teoria da argumentação jurídica que tem duas vigas principais. A primeira é que os discursos jurídicos não são autossuficientes dentro do universo hermético do direito vigente. Isso explica a manutenção da textura aberta do discurso jurídico aos argumentos pragmáticos, éticos e morais que advêm dos processos legislativos e envolvem a pretensão de legitimidade das normas jurídicas. A segunda é que a argumentação jurídica, com suas condições comunicativas, fomenta a correção das decisões judiciais em um juízo de imparcialidade, e não por juízos morais que ocorrem no discurso prático.⁵³⁰

Com efeito, Habermas opta pela teoria de Günther quanto à separação dos discursos de adequação e fundamentação, criticando a denominada tese do caso especial de Alexy, pois entende que os discursos jurídicos não são uma subclasse da argumentação moral. Ou seja, a única resposta correta só é encontrada procedimentalmente e dentro de um sistema jurídico alinhado com a realidade fática e subordinado ao poder comunicativo.⁵³¹

Se a visão de Alexy fosse adotada, não seria possível chegar a uma única decisão correta e nem se teria, nas regras de argumentação, elementos suficientes para lidar com a indeterminação do discurso jurídico.⁵³² Para Habermas, é essencial “que todos os participantes no processo, independentemente dos motivos pelos quais se orientam, trazem contribuições a

⁵²⁸ AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 186-187

⁵²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 189-192

⁵³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 298

⁵³¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 300

⁵³² DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006. p. 28-30

um discurso que serve à obtenção de um juízo imparcial pela perspectiva do juiz. E apenas essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.”⁵³³

A solução está, como dito anteriormente, na distinção que se dá no âmbito do próprio discurso prático-moral. O discurso jurídico não está ancorado no peso da fundamentação, a qual se dá no âmbito do poder legislativo. Desta feita, o juízo adequado detém a validade pressuposta das normas criadas pelo legislador e cujo teor abarca argumentos de todos os tipos, através dos processos de legitimidade procedimental característicos da democracia. Por isto, não há de se falar em equiparação da correção das decisões jurídicas com a validade dos juízos morais e nem de subordinação do direito à moral.⁵³⁴

É daí que ocorre o desengate entre os discursos jurídicos dos discursos morais, independentemente de serem de fundamentação ou de aplicação. Para Habermas, a racionalidade do direito é complexa, pois a validade do discurso jurídico deve englobar as razões morais, pragmáticas e éticas como condicionantes à legitimidade da decisão. É por isso que racionalidade jurídica e racionalidade moral não podem ser equiparadas⁵³⁵ e, ao mesmo tempo, dispensam discursos especializados *a posteriori* ante o direito ser gerado democraticamente. Portanto, o direito detém os fundamentos morais em sua própria gênese.⁵³⁶

Pelo núcleo da teoria procedimental de Habermas estar circunscrito no princípio do discurso, os discursos racionais são divididos em políticos e jurídicos, sendo ambos institucionalizados pelo direito. De seu turno, o corpo de normas que compõe o direito é desenvolvido tanto pela produção legislativa quanto pela interpretação e aplicação imparcial dos tribunais. Os discursos jurídicos não ficam reféns de conteúdos morais, voltando-se para o direito democrático e institucionalizado e, de igual maneira, compõem o próprio sistema de direitos a partir dos procedimentos comunicativos. Neste diapasão, os discursos jurídicos conseguem compensar a falibilidade do direito e a incerteza das decisões judiciais pelo emprego da racionalidade comunicativa.⁵³⁷

Desta forma, é possível identificar, na teoria da argumentação de Habermas, uma fundamentação interna e uma fundamentação externa para o direito. Na primeira, o direito,

⁵³³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 299

⁵³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 300-301

⁵³⁵ DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006. p. 27

⁵³⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 204

⁵³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 302-303

com sua ordem principiológica estruturada procedimentalmente, absorve os mais variados discursos pertinentes para a certeza e aceitabilidade racional da decisão. Por outro lado, na segunda, há uma fundamentação externa, para o direito, que permite a consagração do melhor argumento nos limites da imparcialidade. A tese de Habermas alcança uma dimensão pragmática na argumentação que projeta a racionalidade do direito para além dos elementos sintáticos e semânticos. Em última análise, a reconstrução habermasiana traz a imanência do processo enquanto representação da resposta ao caso concreto, com a teoria do discurso sendo responsável pela transcendência, na qual estão imbricadas as perspectivas das partes componentes do processo judicial.⁵³⁸

3.4 A RELAÇÃO ENTRE O MODELO DE DECISÃO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E O DIREITO PROCESSUAL

Ao tracejar um modelo de decisão procedimental, Habermas necessitará que o direito processual preencha alguns requisitos que são vinculados com a produção de decisões corretas e coerentes. Ou seja, requisitos que encontrem assentimento dos litigantes e guardem um grau de pertinência, ou segurança jurídica, em face do direito vigente. Logo, a satisfação das condições inerentes à racionalidade comunicativa e ao princípio do discurso vai encontrar sua regulação pelo direito processual. A esse ramo do direito compete instituir os discursos jurídicos como elementos dos processos judiciais e institucionalizar, na *práxis* forense, a sentença como produto de um jogo argumentativo. Não é que a disciplina processual terá o condão de regular a lógica interna da argumentação jurídica *per si*, mas trará o panorama social, temporal, objetivo e institucional dentro do qual os discursos de aplicação serão desenvolvidos.⁵³⁹

Na explicação de Habermas:

O ponto de todo o procedimento é revelado no exame das restrições objetivas que se impõem ao andamento do processo. Elas servem à deliberação institucional de um espaço interno ao livre processamento de razões nos discursos de aplicação. Procedimentos que definem o objeto de litígio precisam ser cumpridos anteriormente à abertura do procedimento principal, para que o processo possa se concentrar em assuntos claramente delimitados. Sob o pressuposto metodológico de uma separação entre questões de fato e de direito, a apreciação probatória encenada

⁵³⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 349-351

⁵³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

como uma interação entre presentes serve à constatação de fatos e à garantia dos meios de prova.⁵⁴⁰

E complementa com o seguinte trecho:

O discurso jurídico, pelo qual são operados juízos normativos sobre os fatos “provados” ou “tidos por verdadeiros”, só é compreendido em seu aspecto objetivo pelo direito processual no momento em que a Corte tem de “expor” e “fundamentar” seu juízo diante das partes do processo e da esfera pública. A fundamentação é composta pela situação de fato e pelos motivos da decisão.⁵⁴¹

Desta forma, Habermas introduz duas características discursivas que são esperadas do direito processual, que deverá compor um procedimento argumentativo e regulamentado. Por ser argumentativo, o processo atende o eixo da validade e preconiza a participação de todos os destinatários da decisão, devendo o resultado do procedimento ser uma decisão que enfrente todos os argumentos deduzidos. De outro lado, o processo deverá ser um procedimento regulamentado institucionalmente, a partir da orientação conferida pela legislação processual.⁵⁴² Quando preenchidos esses requisitos, o processo judicial se mostrará alinhado com a teoria procedimental da argumentação jurídica, satisfazendo o primado da legitimidade decisória.

Diz Habermas:

O direito tem de ser aplicado a si mesmo outra vez na forma de normas organizacionais, não apenas para criar as competências gerais da jurisdição, mas para instituir discursos jurídicos como componentes dos processos judiciais. As ordenações jurídico-processuais institucionalizam a prática das decisões judiciais de tal forma que a sentença e a sua fundamentação possam ser entendidas como o resultado de um jogo argumentativo programado de maneira peculiar. Por outro lado, o entrelaçamento entre procedimento jurídico e argumentativo não implica que a organização do discurso jurídico pela via do direito processual possa intervir na lógica interna da argumentação. O direito processual não regula a argumentação normativa-jurídica enquanto tal, limitando-se a assegurar, em seus aspectos temporal, social e objetivo, o quadro institucional para dinâmicas comunicativas liberadas que seguem a lógica interna dos discursos de aplicação.⁵⁴³

É nesse conspecto que Habermas sustenta a contribuição dos processos interpretativos para moldar o sistema de direitos, dado que a única norma que leva à decisão do caso particular é em si uma razão interpretativa capaz de reinterpretar todo o ordenamento jurídico. Com efeito, a jurisdição não se esgota na simples aplicação do ordenamento em face

⁵⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 304-305

⁵⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 305

⁵⁴² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 302-305

⁵⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

dos elementos relevantes ao caso concreto, o que geraria um acesso exclusivo do poder judiciário, junto do poder legislativo, ao próprio direito.

Logo, os juizes, enquanto terceiros imparciais que representam o Estado, devem considerar que o ordenamento jurídico é compartilhado, igualmente, com todos os cidadãos, no contexto democrático. Na aplicação do direito os litigantes e os julgadores imparciais não debatem no papel de cidadãos iguais participando de um discurso público formativo do direito, mas sim como partes do processo judicial. Por isso que o julgador representa a corporatura do ordenamento jurídico construído procedimentalmente, enquanto Estado-juiz. Assim, o processo judicial se presta a desbloquear os intercâmbios argumentativos entre os destinatários do caso em análise.⁵⁴⁴

Em síntese, cabe ao tribunal decidir cada caso com o objetivo de preservar a coerência da ordem jurídica, valendo-se do direito processual como a forma para apuração dos fatos ocorridos e da valoração probatória. Neste espaço, as partes poderão agir estrategicamente em relação ao direito, enquanto aos tribunais caberá decidir as questões jurídicas em análise. Tal fenômeno dá-se conforme a apreciação dos argumentos veiculados, pelos destinatários da decisão, ao longo do processo, os quais devem estar livres de influências externas. O resultado do julgamento poderá ser devolvido às instâncias superiores, pela via recursal, para nova apreciação, o que configura a autorreflexão institucionalizada do direito. Essa autorreflexão é que garante, em última análise, a uniformidade e a integridade do direito.⁵⁴⁵

Ademais, a decisão judicial também poderá ser objeto de crítica pela sociedade, de tal maneira que a fundamentação também é direcionada para as esferas públicas. Pelo escrutínio público das decisões, Habermas configura a jurisdição como mera delegatária no processo de interpretação jurídica, o qual pertence a todos os participantes da sociedade civil.⁵⁴⁶ A grande questão que se coloca, a partir das inquietações habermasianas, é se a decisão ficará confiada exclusivamente à capacidade técnica do juiz ou se existem outras alternativas para que a decisão não seja uma construção singular e solipsista. Em outros dizeres, cabe indagar se é possível mitigar, ainda mais, o ônus argumentativo que é depositado nos ombros do julgador.

⁵⁴⁴ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 51-52

⁵⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 305-306

⁵⁴⁶ GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 52

Para introduzir essa problemática no direito brasileiro surge a necessidade de estudar o processo civil e seus institutos, nomeadamente em busca das respostas para as seguintes perguntas: a) existe, no direito brasileiro, algum mecanismo que mitigue o ônus argumentativo do julgador? b) o direito processual civil vigente no Brasil cumpre os requisitos assinalados pela teoria de interpretação procedimental de Habermas? Assim, a próxima etapa de investigação envolverá o exame do processo civil brasileiro, sob a ótica da doutrina especializada. O objetivo é identificar quais são as principais características do modelo processual vigente para, então, estudar a cooperação processual como possível ponte entre o processo civil e o paradigma procedimental do direito. Desta feita, será possível compreender se é possível reconstruir a cooperação processual a partir dos paralelos entre o direito processual civil brasileiro e a teoria argumentativa procedimental proposta com Habermas.

4 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1 A NATUREZA DO PROCESSO JUDICIAL E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Consoante abordado na seção anterior, Habermas edifica toda uma estrutura argumentativa como alicerce do processo judicial. Para o frankfurtiano, a aplicação do direito deverá satisfazer, simultaneamente, aos requisitos da correção – legitimidade – e coerência – segurança jurídica. Dessa maneira, o discurso jurídico gravita em torno de uma busca cooperativa da verdade, procedimentalmente estruturada, a partir da qual os destinatários constroem, argumentativamente, a solução do caso com um julgador imparcial.⁵⁴⁷ De igual maneira, Habermas estabelece, como explicado anteriormente, requisitos que devem ser cumpridos pelo processo civil. Esse processo habermasiano deverá ser regulado pelas regras processuais e aberto à argumentação jurídica dos destinatários da decisão. Nesse esteio, cabe indagar como é o processo civil brasileiro do ponto de vista da cooperação processual, se, de fato, a produção da única decisão correta fica a(o) (en)cargo do magistrado e se os requisitos procedimentais ventilados por Habermas podem ser cumpridos.

Com efeito, para identificar eventuais aproximações e distanciamentos entre o direito processual civil vigente no Brasil e a teoria argumentativa de Habermas, faz-se necessário investigar a evolução daquele ramo jurídico. Logo, esta é a tarefa que será empreendida ao curso deste capítulo, com uma análise do processo civil brasileiro, considerando o seu conteúdo, os modelos de gestão processual e o transcurso histórico até desembocar na vigente sistemática de cooperação processual. Ainda, neste conspecto, será realizada uma análise comparativa entre a cooperação processual no direito brasileiro e no direito alemão. Por fim, serão verificadas as consequências do modelo cooperativo a partir dos dispositivos e dos institutos contidos no Código de Processo Civil. Será dada ênfase à relação entre cooperação processual e devido processo legal, ao contraditório substancial, ao saneamento compartilhado, aos deveres cooperativos dos magistrados e à fundamentação das decisões judiciais.

Feitas as considerações introdutórias, o primeiro degrau reside na análise do que o processo civil representa em termos de pacificação e de desenvolvimento social, bem como a sua correlação com a jurisdição, conquanto manifestação da soberania de um Estado. Sabendo do papel do processo, nos níveis constitucional e infraconstitucional, é possível iniciar a

⁵⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 294-295

discussão de como é a gestão processual e, em especial, como a cooperação processual se faz presente nesses tópicos.

Desde a consolidação da teoria da separação dos poderes por Montesquieu, ao judiciário é incumbida a função de aplicar a legislação, ainda que tal finalidade tenha sido modificada, no curso da modernidade, com o advento do controle de constitucionalidade. Pela obra do filósofo iluminista, ao poder judiciário era dada a competência de julgar as questões cíveis e punir os crimes praticados. Assim o judiciário contribui para a preservação de uma liberdade política na qual prevalece o sentimento de segurança consubstanciada na autoridade estatal.⁵⁴⁸ Em outros dizeres, o poder judiciário é um dos componentes do Estado, que exerce a jurisdição, enquanto componente da soberania estatal, vinculada à soberania popular.

Na medida em que as relações humanas adquirem mais e mais complexidade, os conflitos apresentados ao poder judiciário vão ganhando uma nova dimensão. Em conformidade, torna-se necessário viabilizar a correta e a justa aplicação da lei, cuja função é fornecer um parâmetro a ser seguido quanto à solução de conflitos entre os próprios cidadãos ou entre estes e o Estado.⁵⁴⁹ É pela jurisdição que a lei é aplicada pela autoridade incumbida de tal papel, que corresponde à figura imparcial do juiz. Nos primórdios, as figuras do pretor e do sacerdote detinham essa atribuição, e a atuação deles era muito mais como a de um árbitro que iria impor uma decisão do que, verdadeiramente, um exercício jurisdicional aos moldes contemporâneos.⁵⁵⁰

Na atualidade, a jurisdição é conformada pelo texto constitucional, de modo que seu exercício se dará nos termos dos princípios constitucionais, notadamente, o devido processo legal. Isto significa que toda uma ordem valorativa e axiológica irá impregnar o processo judicial, enquanto meio de exercício para a jurisdição democrática e amparada, em última análise, em uma dimensão argumentativa que está diretamente ligada à soberania popular. Ou seja, a legitimidade da jurisdição deverá ser construída a partir da argumentação de todos os atores processuais envolvidos. Todas essas questões serão exploradas mais adiante neste capítulo. Para este momento inaugural será verificado como se dá o desenvolvimento do processo ao longo do tempo e de que maneira ele é gerido.

⁵⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 147-149

⁵⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 49-51

⁵⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47-48

4.1.1 O processo civil, a pacificação das lides e a participação social

A concepção do processo, nos primórdios da ciência processual, é totalmente distanciada do formato de arbitragem privada vista no direito romano e coincide com o Estado absolutista, em que o titular da soberania detém a capacidade de criar e de aplicar a lei. Apesar do termo “processo” remontar ao século XIII, sua vinculação ao exercício da jurisdição começa no século XVII, com a chamada etapa procedimentalista ou imamentista.⁵⁵¹ Durante tal fase, não se distinguia o direito material do direito processual, de tal sorte que o processo era um rito subserviente à aplicação do direito material, consistindo em um apêndice dos atos praticados em decorrência da relação jurídica privada.⁵⁵²

Com o decurso do século XVIII, em nítida aproximação com o contratualismo de Rousseau, surge a tese que o processo é um contrato, como ocorria com os demais fenômenos sociais e jurídicos da época. Pela insuficiência dessa vertente, a doutrina constrói a percepção do processo como um quase-contrato, de modo que este se desenvolve doravante um conjunto de obrigações, expectativas e decadências bilaterais que torna possível a decisão do juiz. Para os filiados a essa corrente o processo é uma manifestação externa e consubstanciada em um pacto de vontade firmado pelos litigantes, com tal opção ocorrendo por eliminação. Trata-se de um erro metodológico, pois o processo não ser nem contrato, nem crime e nem delito.⁵⁵³

Durante o curso das etapas procedimentalista, contratualista e quase-contrato, ante o caráter privado do processo, caracterizava-se o que a doutrina denominada de liberalismo processual. Nesse período, em face do Estado ser limitado quanto à garantia da ordem, vislumbra-se a presença da igualdade formal e da necessidade de imparcialidade do julgador. Na realidade, o que persiste é um comportamento passivo do juiz, resumindo sua atuação a aplicação da lei de uma forma que esta resolva os conflitos privados das partes em litígio, sem qualquer projeção social ou política.⁵⁵⁴

Paulatinamente, o processo vai perdendo o caráter privado e é consolidado como um ramo do direito público, porquanto a resolução de conflitos é uma função precípua do Estado e a jurisdição passa a ser vista encarada não como um desejo das partes, mas sim como a expressão da soberania estatal. Com esse viés público, o processo se torna uma ferramenta a

⁵⁵¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67-69

⁵⁵² ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 69-73

⁵⁵³ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 128-131

⁵⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdiccional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71-73

serviço do Estado para aplicar o direito, cujo impulso é dado pelos particulares em situação de litígio. Nesse conspecto, o processo é desacoplado do direito material de maneira que é determinada a sua autonomia, o que finda no surgimento da ciência processual. Dessa abordagem é que emana a percepção do processo como um sistema fechado e detentor de seus próprios raciocínios.⁵⁵⁵

Dentro desse novo espectro, denominado de processualismo científico, é possível destacar duas doutrinas. A primeira aborda o processo como relação jurídica, a partir da qual certos sujeitos determinados pela lei – o autor, o demandando e o juiz – são investidos de poderes e faculdades, conferidos pela lei, para alcançar uma determinada finalidade.⁵⁵⁶ Tendo por maior referência a obra de Oskar von Bülow, a teoria da relação jurídica ainda contribui para o tripé conceitual que distingue ação, jurisdição e processo como elementos inexoráveis para fundamentação da teoria geral do processo.⁵⁵⁷ A segunda linha, a qual tem James Goldschmidt como precursor, enxerga o processo como uma situação jurídica dinâmica, a partir da qual se sucedem deveres, poderes, ônus e faculdades. Esta perspectiva redundante em uma relação jurídica complexa, que se dá pelo estado de uma pessoa sob a perspectiva da sentença judicial.⁵⁵⁸

Por outro lado, a autonomia do processo judicial e seu caráter publicista lançam as bases da socialização processual, o que torna o processo um instrumento de transformação social, tendo como figura central o juiz. Por intermédio do protagonismo judicial, há um esvaziamento da função institucional do processo, pois ao juiz cabe aperfeiçoar a lei com esteio na aplicação livre do direito, contribuindo para o progresso do ordenamento jurídico. O julgador, em última análise, será um porta-voz do povo, atuando de forma paternalista em benefício dos interesses sociais.⁵⁵⁹

As duas vertentes acima mencionadas são criticadas, pois fazem uma visão reducionista do processo, o que leva à apresentação de outros dois novos estudos. A teoria do processo como entidade jurídica completa capta uma pluralidade de elementos coordenados entre si como característica do processo, os quais devem ser examinados sob os pontos de

⁵⁵⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 72-73

⁵⁵⁶ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 132

⁵⁵⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 80-81

⁵⁵⁸ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 136

⁵⁵⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdiccional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98-103

vista normativo, estático e dinâmico. Assim, o processo é visto no primeiro ângulo como uma relação jurídica complexa; no segundo, como uma situação jurídica; e no terceiro, como um ato jurídico complexo. A teoria do processo, proposta por Jaime Guasp, trata do fenômeno processual como instituição criada pelo direito para atingir um fim. Trata-se de uma visão institucional, a qual considera o processo como uma instituição legal que é composta por um complexo de atos, por um método e por um modo de ação unitário. Todos esses elementos são regulados pelo direito, ante o caráter finalístico que irão desempenhar.⁵⁶⁰

Todavia, as vertentes teóricas são insuficientes para compreensão do fenômeno processual, razão pela qual precisam do suporte do texto constitucional, cujos princípios vão conformar o exercício da jurisdição. Com a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, verifica-se uma nova conjuntura em que a lei é deslocada para um patamar inferior, devendo estar subordinada, em parâmetros de adequação, ao texto da Constituição. A contar dessa inovação na doutrina constitucional, as relações políticas e estatais são modificadas de tal maneira que todas as funções desempenhadas pelo Estado ficam sujeitas aos ditames valorativos impostos pela Constituição, com base nos direitos fundamentais.⁵⁶¹

Essa mudança é deflagrada com a absorção da socialização do processo pela legislação e modifica substancialmente a interpretação processual, em especial pela inserção de elementos metajurídicos e axiológicos. Logo, a ação, a jurisdição e o processo passam a ser objetos de tutela constitucional.⁵⁶² O movimento descrito acima, com a necessária aproximação entre processo e Constituição, explicita uma análise metajurídica das ações judiciais com nítida preocupação do constituinte quanto às instituições processuais, o que se faz presente a partir da guinada promovida pelo pós-guerra.⁵⁶³ O referido período é marcado pela a reaproximação de direito e moral, que se soma ao advento do chamado pós-

⁵⁶⁰ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 135-144

⁵⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 32-34

⁵⁶² NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Processo constitucional contemporâneo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CARDOSO FILHO, Petrônio Calmon Alves; NUNES, Dierle José Coelho. (Orgs.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 5

⁵⁶³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Processo constitucional contemporâneo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CARDOSO FILHO, Petrônio Calmon Alves; NUNES, Dierle José Coelho. (Orgs.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 1-5

positivismo, cujo cerne está deslocado para os princípios jurídicos e para a tutela da dignidade da pessoa humana como um elemento central para a atuação do Estado.⁵⁶⁴

Dessa feita, é inaugurada a fase da democratização processual, pela qual a jurisdição e o processo devem ser corolários dos direitos fundamentais e da participação ativa dos cidadãos, proporcionando uma ampliação no âmbito da tomada de decisão. Nesse modelo há uma interpretação macroestrutural do processo, com base nos postulados constitucionais que se tornam uma garantia do cidadão. Os elementos como o contraditório e a análise da litigiosidade, nessa circunstância, são modificados para se coadunar com o devido processo legal esperado pela Constituição Federal, o que fomenta o deslocamento do processo civil para o eixo da soberania popular.⁵⁶⁵

Essa perspectiva considera que a soberania popular é a única fonte admitida para o poder estatal. Isso se reflete diretamente no processo civil, pois a legitimidade do direito se torna condicionada ao povo ser tratado como intérprete e destinatário da norma jurídica. Tal aspecto faz o processo guinar para uma estrutura de processualidade constitucionalizada, a exemplo, como dito acima, da categorização de princípios processuais como direitos fundamentais considerando o texto constitucional. Por isso se pensa, inclusive, em uma fiscalização popular daquilo que é decidido ao longo do processo, tomando o texto constitucional como o médium linguístico para tanto.⁵⁶⁶

Com efeito, a constitucionalização do processo civil pode ser dividida em duas dimensões: a primeira se dá com a incorporação de normas processuais nos textos constitucionais; já a segunda trata das normas processuais infraconstitucionais como instrumento para concretização da Constituição.⁵⁶⁷

Afora a sistemática da constitucionalização, há de se destacar que, desde a aurora do século XXI, o processo civil vem sendo submetido a um amplo processo de globalização. Isso se dá, de um lado, pela presença dos litígios transnacionais, que ocorrem entre pessoas físicas e jurídicas de diferentes nacionalidades e, portanto, jurisdições. De outro lado, ocorre pela aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, fato este verificado no Brasil,

⁵⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-250

⁵⁶⁵ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 122-123

⁵⁶⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 150-153

⁵⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 159-160

consoante a sistemática de precedentes judiciais do Código de Processo Civil de 2015. Todo esse panorama globalizado torna imprescindível que o processo seja compreendido a partir dos direitos fundamentais, cuja interpretação deve ocorrer tendo a igualdade como premissa, e que seja, para o cidadão, um mecanismo eficaz para tutela de direitos.⁵⁶⁸

A democratização processual se dá por uma nova leitura dos papéis desempenhados pelas partes, pelos magistrados e pelo Ministério Público. Não se pode mais admitir um processo excludente e que lança mão de uma perspectiva completamente centrada no juiz. O magistrado não é mais visto como o único sujeito apto para construir um discurso jurídico válido, o qual nasce das suas solitárias entranhas jurisdicionais e é imposto para a sociedade.⁵⁶⁹ É pensando na redefinição dos procedimentos realizados no âmbito do processo que o presente estudo se debruçará, na seção subsequente, aos modelos de gestão processual.

4.1.2 Os modelos dispositivo e inquisitivo de gestão processual

Com o decurso temporal o processo assume diferentes formas de ser gerenciado, ora enfatizando o protagonismo das partes, ora do julgador. Não obstante, afora o critério temporal, há ainda um elemento ideológico nessas distinções, pois cada uma ocorre dentro de um marco cultural próprio. No intuito de realizar a empreitada científica almejada neste texto, faz-se necessário elucidar quais são as referidas vertentes que tratam do acontecimento processual e da sua dinâmica. Assim, em um primeiro momento, pretende-se retornar à discussão em torno dos modelos dispositivo e inquisitivo, destacando as características intrínsecas a cada um, no intuito de sedimentar a base teórica necessária, para debater, em um momento posterior, acerca da cooperação processual.

Ao analisar os sistemas judiciais a doutrina promove a separação entre dois modelos processuais distintos, fundamentados no papel desempenhado pelo julgador na dinâmica processual. Tradicionalmente, considera-se que o processo inquisitivo toma forma pela maior atuação do julgador, ao passo que o processo dispositivo promove barreiras e limitações ao juízo, deslocando o foco para as partes. Na verdade, trata-se de uma abordagem falaciosa e

⁵⁶⁸ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Trad. Anderson Vincheski Texeira *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 13-17

⁵⁶⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 253-256

reducionista, pois não analisa, de forma adequada, os papéis desempenhados pelos sujeitos processuais e suas interações.⁵⁷⁰

A distinção também pode ser depositada em qual entidade é a responsável por impulsionar o processo: se o processo for movido pelo ímpeto da parte litigante, há o fator adversarial; se o processo for desenvolvido na ausência das partes e por impulso do magistrado, presencia-se o modelo inquisitivo. Ambas terminologias servem para registrar, na verdade, qual a raiz histórica de determinado sistema processual e quais padrões de atuação podem ser identificados com base na própria relação jurídica processual.⁵⁷¹

Aplica-se a mesma perspectiva para a produção probatória, de modo que os padrões legais podem confiar ao juiz ou às partes a coleta das provas e, por conseguinte, a marcha do procedimento. Com efeito, tanto o juiz pode ser um árbitro, que é mero expectador, como pode atuar promovendo as diligências necessárias para melhor prover o feito⁵⁷². No sistema adversarial, as partes coordenam a produção de provas, à proporção que, no sistema inquisitorial, cabe ao magistrado dirigir o processo e a colheita probatória.⁵⁷³

Deve-se salientar que, em termos práticos, nenhum sistema poderá ser completamente dispositivo, adversarial ou inquisitivo, a despeito de haver características predominantes de cada um a depender da matriz jurídica daquele ordenamento – se vinculado ao *common law* ou ao *civil law*.⁵⁷⁴ Isso é visualizado na medida em que a dispositividade e a inquisitividade de um sistema sejam manifestadas a partir dos institutos processuais. Isso é verificado quando se discute sobre questões como à instalação do processo, à produção probatória e à análise das questões fáticas e jurídicas.⁵⁷⁵

Verifica-se, ainda, uma suposta dicotomia sobre o caráter público ou privado que o processo pode assumir. A escolha por uma ou outra vertente recai para o legislador, que deverá conformar o processo à realidade fática, criando um regime misto entre publicismo e

⁵⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61

⁵⁷¹ DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University, 1986. p. 3-5

⁵⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 56

⁵⁷³ FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 791

⁵⁷⁴ JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 175

⁵⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 209

privatismo. Isso reflete no que a doutrina elenca como modelo dispositivo-adversarial, alicerçado na tipologia privada e no modelo inquisitivo, de base publicista.⁵⁷⁶

Por isso, recomenda-se o abandono da terminologia inquisitiva e autoritária, pois a história não mostra vinculação entre a existência do processo civil e o autoritarismo. Da mesma maneira, o fato do juiz possuir poderes diretivos não implica, necessariamente, um regime inquisitorial, visto que o julgador está limitado aos fatos trazidos ao processo pelas partes.⁵⁷⁷ Afinal, há uma falácia existente na correlação entre o sistema adversarial com os regimes liberais e o sistema inquisitivo com os regimes autoritários, considerando esse elo como uma ilação simplista.⁵⁷⁸

Tomando como base as considerações acima, é possível traçar uma predominância do modelo adversarial nos países do *common law*, apesar de ser concebível identificar, por meio dos diferentes procedimentos judiciais, uma combinação de ambos os sistemas. É admissível verificar, nesses dois sistemas, alguns elementos como uma provável maior satisfação da parte perdedora no sistema adversarial, pela presença do princípio adversarial, o qual poderá assumir duas feições. A primeira mostra que cabe única e exclusivamente às partes definir o escopo do litígio e suas alegações fáticas, enquanto a segunda aponta que o juiz encontra os fatos a partir das evidências ostentadas pelas partes no duelo forense. A grande questão que se coloca é a confusão do princípio adversarial com o princípio dispositivo do contraditório, o qual possibilita ao juiz apresentar elementos adicionais que serão levados em conta caso as partes se manifestarem sobre o tema.⁵⁷⁹

Ademais, pelo princípio adversarial, dá-se total privilégio à autonomia das partes, de tal maneira que não há qualquer possibilidade de o juiz intervir no duelo forense, mediante ajustes ou mecanismos compensatórios em caso de desigualdades processuais, sob pena de prejudicar a igualdade processual. Nessa hipótese, o juiz somente replicaria a neutralidade que deve ser esperada da própria sociedade civil ante os conflitos particulares. Com outras palavras, os litigantes são tratados de maneira abstrata e terão acesso às mesmas armas procedimentais para se digladiarem entre si. Em termos ideológicos, a referida leitura do

⁵⁷⁶ FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 790

⁵⁷⁷ FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 791-792

⁵⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 210-211

⁵⁷⁹ JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 176-177

princípio adversarial é muito próxima da concepção de livre mercado vinculada à ideologia do liberalismo econômico. Por outro ângulo, qualquer outra atuação no sentido de remover obstáculos processuais e corrigir hipossuficiências aproximaria o processo da conduta assistencialista que é verificada no Estado de bem-estar social.⁵⁸⁰

A abordagem preconizada pelo modelo inquisitorial se coaduna com a própria visão instrumental do processo, pois o juiz deve corrigir as perturbações criadas por aqueles que fogem ao que prescrevem as normas jurídicas. A atuação direta do magistrado serve para compatibilizar os comportamentos e reestabelecer a paz e o bem-estar social. Há aqui uma função social do processo: este, enquanto ramo autônomo, se presta à solução de controvérsias e à manutenção da ordem jurídica. A referida concepção confia ao juiz uma posição proativa, com poderes para determinar diligências e se aproximar o máximo da verdade e da certeza, ante o interesse estatal. É inculcado um interesse coletivo no processo que concretiza as normas abstratas previstas no texto constitucional, satisfaz a justiça e faz preponderar o interesse coletivo em uma perspectiva comunitária.⁵⁸¹

Nesse sentido, vale até raciocinar que, a despeito da matéria decidida muitas vezes dizer exclusivamente às partes, ressalvadas as hipóteses de demandas coletivas e daquelas relativas ao controle abstrato de constitucionalidade, a estrutura do poder judiciário é custeada pela sociedade mediante os tributos recolhidos. Por outro lado, a decisão produzida naquela demanda se somará ao repertório de precedentes que compõem o ordenamento jurídico, o que faz transcender o interesse exclusivo das partes e afetar, ainda que indiretamente, a terceiros.⁵⁸²

Com efeito, o processo sobre a perspectiva inquisitorial é apresentado como um inquérito oficial que se presta à efetivação de políticas estatais, as quais se valem do aparato hierárquico do poder judiciário e sua autoridade. Dessa feita, a legitimidade das decisões se dá muito mais pelos efeitos pragmáticos que são concretizados do que pela participação das partes, já que o processo serve para a aplicação substantiva do direito. Nesse conspecto, as normas processuais são flexibilizadas pelo julgador, perdendo sua aderência e rigidez em prol da efetivação das políticas estatais pretendidas ou do alcance dos resultados esperados pelo Estado. Em outras palavras, o processo será superado caso obste a aplicação do direito,

⁵⁸⁰ DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University, 1986. p. 105-108

⁵⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 113-117

⁵⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29-30

produzindo inconsistências na aplicação da norma válida, prevalecendo o cálculo consequencialista.⁵⁸³

No que concerne às partes, o modelo inquisitorial as enxerga como provedoras de informações que são confrontadas à luz dos interesses estatais, pois considera-se que o cidadão não sabe o que é melhor para si. Nisso, o processo acaba servindo como uma mobilização para que a sociedade busque a concretização daqueles valores pretendidos pelo Estado, restringido a participação dos cidadãos como meras intervenções técnicas. No que toca o controle oficial das atividades processuais, caberá ao órgão jurisdicional avaliar a conveniência e a necessidade de deflagrar e de encerrar o processo.⁵⁸⁴

Em última análise, cria-se, levando o referido modelo às últimas consequências, no contexto do ativismo judicial, a figura dos juízes legisladores, cujo papel é garantir a máxima eficácia dos direitos, o que se coaduna com a proposta do Estado social na consecução dos seus objetivos. Nesse panorama, demonstra-se uma verdadeira criação jurisdicional do direito, a qual tem sua legitimidade questionada pelo fato do direito produzido ser casual e de forma antidemocrática. Mesmo que o judiciário pretenda tutelar os direitos dos cidadãos, prevalece o risco de uma tirania judicial pela ausência de canais democráticos entre a justiça e a sociedade.⁵⁸⁵

Essa corrente inquisitorial abre margens para uma atuação discricionária e solipsista do julgador, confiando a este a salvaguarda dos interesses majoritários que se mostrem preponderantes, aplicando-se aqui uma alta carga de ativismo. Em contraponto, a corrente do garantismo processual trata o processo como uma garantia constitucional para defesa de direitos, de forma que o juiz, enquanto representante do Estado, deverá outorgar direitos de defesa.

A aludida vertente tem como influência a obra do constitucionalista Luigi Ferrajoli, o qual opta pela defesa do constitucionalismo normativo-garantista, que prevê o comportamento dos princípios como regras, assim, evita-se a confusão entre a validade e a eficácia. Para Ferrajoli, o direito é submisso de maneira substancial à Constituição e ao Estado Constitucional de Direito, e a legitimidade é promovida pelo regime democrático. Assim, é

⁵⁸³ DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale Univeristy, 1986. p. 147-151

⁵⁸⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale Univeristy, 1986. p. 152-155

⁵⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 40-95

firmado o garantismo como uma limitação do Estado frente aos direitos e às garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos.⁵⁸⁶

Logo, para o garantismo processual, o processo judicial é um método pacífico de debate dialogal e argumentativo que pretende solucionar um conflito intersubjetivo de interesse para manter a coesão do grupo social num lugar e tempo determinados. Assim, o julgador deve agir sem se colocar como parte, nos termos da imparcialidade. Também não deve possuir um interesse subjetivo naquele feito, o que se denomina de imparcialidade. Por fim, o juiz necessita deter uma independência para produzir sua decisão, afinal, a atividade judicante deve fazer prevalecer o caráter dialógico do processo, sem torná-lo uma investigação inquisitiva.⁵⁸⁷

Trata-se de um movimento que consagra a igualdade processual ao apregoar a necessidade de o juiz respeitar as normas fundamentais, cingindo sua atuação à declaração do direito com base no direito de defesa de todos os interessados. Assim, o garantismo processual é uma verdadeira contraposição ao solidarismo judicial, doutrina que conduz ao decisionismo do julgador em nome de valores como justiça e verdade. Tal fenômeno não é restrito à seara cível, sendo também uma necessidade discutida pelos processualistas penais ao considerar a sensibilidade dos bens jurídicos tutelados e as penalidades cominadas pelo direito penal.⁵⁸⁸

Em suma, a diferença entre os modelos está nas tarefas atribuídas às partes, em especial no que tange à instauração processual, à produção probatória da matéria a ser discutida no processo, aos recursos e à delimitação de quais as questões fáticas e jurídicas preponderam. Portanto, o juiz se transforma em sujeito passivo no sistema adversarial, acompanhando o duelo dos adversários para a obtenção da decisão de mérito favorável, sendo as partes-adversárias as responsáveis pelas questões acima. Por outro lado, no sistema inquisitivo, o julgador é o protagonista do processo, tendo a última palavra no que cinge à dinâmica processual e à produção probatória.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. de André Karam Trindade. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56

⁵⁸⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 14-32

⁵⁸⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 28-30

⁵⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 208-211

É por isso, aliás, que o modelo adversarial também é denominado de isonômico ou simétrico, pois todos estão em um suposto plano igualitário. Todavia, a divisão de trabalho entre os agentes do processo é voltada para assegurar uma menor interferência do juízo nas questões processuais, servindo o julgador para garantir a igualdade formal. De outro orbe, o modelo inquisitivo demonstra uma hierarquia assimétrica, dando azo ao tripé processual, com o juiz no topo e as partes na base. Logo, a condução do processo ocorre sem a ingerência das partes e pode, como dito alhures, favorecer posturas ativistas, as quais ficam mais claras na colheita probatória e na flexibilidade procedimental.⁵⁹⁰

Sabendo desses conceitos e com uma definição satisfatória da história processual, cabe indagar como ambas vertentes impactaram o direito brasileiro e, nesse diapasão, como o direito brasileiro e cambia entre os modelos de *civil law* e do *common law*. O primeiro por meio da codificação legislativa e o segundo ante a complexa sistemática de precedentes e seus institutos, a exemplo da súmula vinculante. Ao verificar a abordagem do pensamento jurídico brasileiro, é possível visualizar diferentes institutos que vêm das duas matrizes, de modo que, antes de abordar uma eventual ascendência histórica, deve-se, na verdade, compreender o próprio direito brasileiro.⁵⁹¹

Quando o processo é colocado no âmbito das normas constitucionais é verificada a existência de normas assimétricas, simétricas e cooperativas, as quais são diferenciadas pelo grau de passividade do magistrado, sendo maior na primeira e menor na segunda. Nessa toada, visualiza-se que o processo brasileiro deixa de se preocupar menos com os resultados e passa a observar a disciplina constitucional, dado que as garantias processuais estão positivadas como direitos fundamentais, espalhadas pelo texto da Constituição Federal.⁵⁹²

Sobressaindo-se ao debate acima e funcionando, em termos doutrinários, como uma terceira via, a cooperação processual tem um potencial para ir além do dedutivismo e do decisionismo. A cooperação processual estabelece que cada sujeito processual, com a sua devida competência, deverá cooperar para a produção da decisão de mérito. Isso permite uma divisão de tarefas entre as partes e o julgador na qual impera o diálogo na condução processual e na construção da decisão judicial, nos termos do devido processo legal. Talvez a

⁵⁹⁰ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 38-43

⁵⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 68-69

⁵⁹² AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 45-47

única assimetria que persiste nessa conjuntura é a competência exclusiva do julgador para proferir sua decisão, que deverá ser um produto de toda a cooperação.⁵⁹³

Como uma terceira via, a cooperação processual pode se aproximar, hipoteticamente, de uma também terceira via para compreensão do direito. Com efeito, os modelos inquisitorial e dispositivo estão relacionados, respectivamente, aos paradigmas dos interesses público e privado que deram azo aos Estados liberal e social. Desta forma, cabe indagar se uma eventual opção pelo paradigma procedimental, nos termos do que foi explicado no capítulo anterior, poderia colocar a cooperação processual como um desdobramento procedimental no nível processual.

Assim, a cooperação processual conduziria para um procedimento, constitucionalmente assegurado, de gestão processual orientada à formação de decisões judiciais legítimas. Afinal, as mudanças entre os paradigmas social, liberal e procedimental trazem uma revisão quanto aos conceitos de público, privado, soberania popular e legitimidade, o que acabará repercutindo, involuntariamente, no direito processual civil.

Logo, essa perspectiva torna necessário pormenorizar a cooperação processual, o que será feito na próxima seção, com a discussão dos aspectos teóricos e legais do instituto em tela. Afinal, existe um potencial a ser verificado, o que representa o objeto da presente tese, pois o modelo cooperativo, se trabalhado no prisma procedimental, pode contribuir para a produção de decisões judiciais corretas e consistentes.

Com a elucidação das correntes adversarial e dispositiva, que envolvem a condução do processo judicial, o presente tópico é encerrado para dar prosseguimento à relação entre os cânones da cooperação processual. O objetivo é compreender a evolução histórica da cooperação processual, a qual tomará como base o modelo processual da Alemanha, no afã de encontrar um ponto de partida para o estudo de suas características.

4.2 O CONCEITO DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para melhor dissecar o instituto da cooperação processual, é imprescindível acompanhar a evolução histórica desse modelo e como ocorreu sua incorporação pelo direito brasileiro. Como se trata de uma sistemática processual cuja origem pode ser traçada para o processo civil alemão vigente no final do século XIX, portanto, a primeira etapa do estudo

⁵⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 211-213

envolverá o processo germânico. Já a segunda etapa abordará como a cooperação processual se fez presente no Código de Processo Civil de 1973, a despeito de não ser o modelo adotado naquela legislação.

Tal análise é necessária para conectar a cooperação processual com a história social e com o quadro temporal na qual está imersa, o que permite identificar qual é o sentido atribuído ao instituto em exame e sua eventual estabilidade ou descontinuidade. Afinal, sem o fator humano, os conceitos não passariam de um emaranhado de palavras ou sequer existiriam. Os conceitos são responsáveis por criar e classificar experiências no limiar de sua temporalidade, o que faz surgir novas estruturas sociais.⁵⁹⁴ Logo, a adequada compreensão da cooperação processual depende dessa investigação histórica preliminar.

É válido salientar uma advertência, de ordem teórica, quanto ao estudo que será feito a seguir, no que tange ao emprego do direito comparado como método de pesquisa. Historicamente, os estudos de direito comparado e a recepção de institutos estrangeiros ocorrem desde a época do Renascimento, quando a Europa continental recepcionou os postulados do direito romano. A recepção legislativa requer um exame dos fatores sociais, políticos, econômicos e jurídicos quanto aos efeitos dos dispositivos importados.⁵⁹⁵ Portanto, a presente seção irá se ocupar de compreender a cooperação no ordenamento e alemão, para, ao término, discutir a relação da sistemática cooperativa com o direito processual brasileiro.

4.2.1 A cooperação jurídica no direito alemão e o modelo de Stuttgart

Considerando a influência política do direito processual alemão no direito processual brasileiro, ainda que indireta pela absorção das teorias italianas de Chiovenda e Calamandrei, é preciso compreender como opera o processo judicial germânico. Além da relevância histórica e científica do processo alemão, a cooperação processual tem suas raízes naquela matriz jurídica.⁵⁹⁶

Mergulhando na história, o período de 1870 representou uma série de mudanças no plano legislativo alemão, como consequência direta da unificação política. Esse contexto inclui a elaboração de um documento legislativo de índole nacional para a regência do processo judicial. Trata-se da *Zivilprozessordnung*, que, em tradução livre, significa “ordem

⁵⁹⁴ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 55-64

⁵⁹⁵ CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Novo direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 67-75

⁵⁹⁶ BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 17-20

de processo civil”, sentido que permanece vigente até os dias atuais.⁵⁹⁷ O significado preciso e equivalente dela para o direito brasileiro é “Código de Processo Civil”. Trata-se do código de procedimentos criados a partir da Lei de Organização Judiciária de 1877, que, no alemão, é denominada de *Gerichtsverfassungsgeset*. Essa legislação determina os ritos para a primeira e para a segunda instâncias da jurisdição ordinária – *Ordentliche Gerichtsbarkeit*. Essas instâncias são chamadas, respectivamente, de *Amtsgericht* e *Landesgericht*.⁵⁹⁸ A *Amtsgericht* compreende o juízo local onde são propostas as demandas que o valor da causa não ultrapasse o limite de cinco mil euros, enquanto a *Landesgericht* abarca o juízo regional.⁵⁹⁹

A importância da *Zivilprozessordnung* é tamanha para o ordenamento alemão que sua promulgação ocasionou uma ruptura metódica, científica e legislativa, sob forte influência do direito processual francês e seus contornos liberais. Nesse conspecto, as partes encontram uma maior autonomia no processo, ao passo que a jurisdição é considerada um direito assegurado aos cidadãos. Assim, consagra-se no processo alemão o conceito de relação jurídica processual e sua distinção da relação jurídica material.⁶⁰⁰

O processo civil alemão é regido por uma série de princípios informadores – *Verfahrensgrundsätze* – também denominados de máximas processuais – *Prozessmaximen*.⁶⁰¹ São princípios abstratos, cujo nascedouro está nos direitos fundamentais processuais e que estão vinculados a diferentes escopos do processo. Esses princípios podem positivados diretamente em documentos como a Constituição Federal Alemã e a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, ou indiretamente por dispositivos legais e decisões judiciais.⁶⁰²

Um desses princípios é a *Kooperationsmaxime*, traduzido como princípio da cooperação, o qual determina que o juiz deve cooperar com as partes, sendo este um dos institutos que influencia o direito brasileiro. Com efeito, trata-se de um princípio residente nos dispositivos da *Zivilprozessordnung* e que aduz a necessidade do julgador auxiliar as partes e evitar decisões surpreendentes. A manifestação prévia das partes é imprescindível, mesmo

⁵⁹⁷ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 11-13

⁵⁹⁸ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314-315

⁵⁹⁹ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 26

⁶⁰⁰ BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 24-26

⁶⁰¹ BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 75-76

⁶⁰² CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 20-21

que se tratem de pontos cognoscíveis de ofício.⁶⁰³ É preciso destacar que a cooperação não está presente em toda a legislação, mas somente em alguns dispositivos, os quais contêm normas que regem a conduta processual e mitigam as ameaças de prejuízos processuais, daí a sua natureza principiológica. Ademais, o princípio da cooperação também demonstra efeitos práticos, pois conduz a maneira de gerenciar o processo, a partir da aceitação das ideias expressas em seu conteúdo.⁶⁰⁴

No plano legislativo, a cooperação jurídica começa a ser desenhada com a elaboração da *Zivilprozessordnung* em 1877, visando responder a quem cabe determinar o ritmo do processo e como deve ser a distribuição de atividades entre o juiz e as partes. O referido documento possui artigos que determinam a cooperação do tribunal ao contribuir para o esclarecimento do processo e para a complementação de eventuais declarações insuficientes. No âmbito da *Amtsgericht*, pela dispensabilidade de representação por advogado, o § 130 determina que o tribunal deve colaborar para que as partes, em audiência, esclareçam os fatos e tracem os pedidos pertinentes. Já na seara da *Landesgericht*, o papel determinado pelo § 130 ao julgador é de realizar questionamentos a fim de esclarecer pedidos obscuros e promover a complementação das declarações que se mostrem insuficientes.⁶⁰⁵

Mediante a Reforma de 1909, são inseridos os §§ 501 e 502, que determinam ser o juiz a figura responsável pela coleta do material fático no âmbito da *Amtsgericht*. Assim lhe são conferidos poderes instrutórios para esclarecer os fatos junto às partes, no limite das peças processuais, agindo sempre com o interesse da melhor administração da justiça. Igualmente é imposto um dever de debate ao juízo, que deverá dialogar com as partes sobre os fatores relevantes e as questões em litígio.⁶⁰⁶

Com as alterações realizadas em 1924, foi inserido o § 139, 1, que é complementado pelo § 279a. Estes dispositivos determinam que o julgador deve fixar um prazo para as partes esclarecerem os fatos substanciais e a indicarem os meios de provas, perseverando o aspecto dialógico do processo. Caso o prazo não seja respeitado, a manifestação da parte poderá ser

⁶⁰³ BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 80-81

⁶⁰⁴ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 305

⁶⁰⁵ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 314-315

⁶⁰⁶ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 315-316

desconsiderada, em especial quando da apresentação tardia dos meios probatórios.⁶⁰⁷ Em paralelo, surge o conceito de comunidade de trabalho – *Arbeitsgemeinschaft* –, elaborado por Leo Rosenberg, em 1927, ao tratar das reformas processuais alemãs para designar o trabalho participativo ou cooperativo entre as partes e o julgador.⁶⁰⁸

A próxima alteração relevante ocorre em 1933 pela inserção do § 448, com o dever de as partes submeterem seus esclarecimentos de acordo com a verdade, pois tanto o juiz quanto os litigantes possuem responsabilidade na obtenção de uma decisão correta. Surge aqui o dever de veracidade, contido no § 138, 1, e expresso pela necessidade de as partes esclarecerem, junto ao tribunal, acerca das questões que pendiam dúvida, sob a forma de depoimento juramentado.⁶⁰⁹

Por fim, o último aperfeiçoamento relevante no direito processual germânico quanto à cooperação processual foi realizado após a Segunda Guerra Mundial, em 1976. Ele foi denominado de Reforma para Simplificação e Aceleração do Processo, com a previsão de uma instrumentalidade flexível, baseada no diálogo entre as partes e o julgador. A intenção da reforma é diminuir o tempo de duração do processo, buscando resolver toda a demanda em uma única audiência principal, consoante o § 272b. Há ainda uma necessidade de audiência oral prévia antes do julgamento entre as partes e os juízes, nos termos do § 348.⁶¹⁰

Essa última alteração abriu caminho para uma série de mudanças na fase preparatória do processo. Elas foram aplicadas no *Landgericht* de Stuttgart – daí o termo “modelo de Stuttgarter”. Valendo-se da instrumentalidade flexibilizada, o presidente da corte, Rolf Bener, criou uma etapa preparatória de procedimento, com o agendamento das audiências entre 8 (oito) e 10 (dez) semanas da petição inicial aportar no juízo. Nesse período, o réu ofereceria sua resposta e o autor a réplica; as partes e as testemunhas seriam intimadas para a audiência; os documentos apresentados seriam analisados com a emissão de um parecer sobre a análise dos fatos. Antes da audiência principal, a câmara se reuniria para debater as questões do feito

⁶⁰⁷ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 316-317

⁶⁰⁸ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301

⁶⁰⁹ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317

⁶¹⁰ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 318

e as provas até então colhidas e lavraria um parecer escrito sobre a opinião acerca do litígio. Por fim, ocorria a audiência principal com um menor número de audiências e petições.⁶¹¹

Atualmente, a fase preparatória é ordenada pelos §§ 275 e seguintes da *Zivilprozessordnung* e conta com um instrumentário baseado ou na audiência preliminar ou em manifestações escritas. A escolha entre esses caminhos compete ao juiz presidente, tomando como base a natureza da demanda em análise pela corte. Uma eventual irresignação quanto ao mecanismo poderá ser arguida perante o julgador, apesar de, via de regra, as cortes optarem pelas manifestações escritas porque permitem reunir uma maior soma de elementos fáticos e jurídicos. Após citado, o réu tem quatro semanas para responder a petição inicial, sob pena de revelia ou confissão. Ainda, o não atendimento dos prazos pelas partes as deixam impossibilitadas de revelar novas questões ou provas.⁶¹²

Caso seja escolhida a audiência preliminar, o juízo poderá determinar a exposição prévia da contestação, tendo um prazo mínimo de duas semanas de antecedência ao expediente. O momento poderá servir para uma tentativa de conciliação entre as partes. De igual maneira, a ocasião será utilizada para sanear o processo, com a delimitação dos pontos fáticos e jurídicos relevante ao julgamento. Após isso, são determinadas pelo juízo a tomada das providências preparatórias, em especial quanto às provas a serem produzidas na audiência de instrução e julgamento a ser designada pelo juízo.⁶¹³

Nesse período, é facultado às partes pedirem ao juízo que determine a exibição de documentos comprobatórios, inclusive pode ser requerida a intimação de terceiros para que façam o mesmo, sob pena de sanção. De acordo com o §144, as partes têm o dever de entregar ao juízo os documentos que fazem referência às suas próprias manifestações e aqueles mencionados pelo adversário. Em caso de descumprimento, o juiz poderá fixar sanções e tomar as providências necessárias para que a documentação seja concedida.⁶¹⁴

Com a ocorrência da audiência principal, o procedimento processual atinge seu ponto chave, com aplicação do princípio da oralidade como fio condutor para manifestação de todas as questões relevantes e a produção probatória. Trata-se de um evento disposto em sete etapas: a) abertura da audiência; b) delimitação das pretensões autorais e defesa a serem deduzidas; c) manifestação das partes e de seus advogados; d) tentativa de conciliação; e)

⁶¹¹ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317-319

⁶¹² CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 30-31

⁶¹³ BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 87-88

⁶¹⁴ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 31

produção probatória, mediante depoimento de peritos, inspeção judicial, depoimento de testemunhas, apresentação de prova documental e depoimento das partes; f) oferta de argumentos adicionais pelas partes; g) conclusão, com o exaurimento da matéria e declaração da maturidade do feito para ser julgado.⁶¹⁵

Sobre o prisma doutrinário, a cooperação é muito mais um norte para as partes, enquanto princípio que corporifica ideais fundamentais quanto ao comportamento que será adotado no curso do processo, do que uma espécie de terapia social. Como o processo cuida de uma relação jurídica entre sujeitos processuais, cujo liame é orientado ao alcance do objetivo processual, a cooperação demonstra a conduta processual a ser adotada pela comunidade de trabalho no afã de uma gestão cooperativa do processo. Assim, cabe ao juiz interagir, na condução material e procedimental do processo, com as partes para obter a solução cabível ao caso. Já as partes devem cooperar com a condução processual participando ativamente desta.⁶¹⁶

Por isso, da doutrina alemã clássica, é possível extrair diversas abordagens e concepções para a cooperação: a) como um meio termo entre os princípios dispositivo e inquisitivo, que, de acordo com Bettermann, servem para modificar a atuação do tribunal na condução, na discussão e na comprovação da causa; b) como uma fusão do princípio dispositivo com a verdade material e os deveres do juiz, segundo ensina Peter Gilles; c) como um obstáculo a decisões surpresas que contenham considerações acerca de fatos não ventilados pelas partes, nos termos de Wassermann; e d) como uma estrutura processual colaborativa, ainda que independente da harmonia entre as partes, na ótica de Hahn.⁶¹⁷

A viga mestra da cooperação, dentro do sistema processual alemão, é transformar a condução do processo em uma construção feita pelo juiz junto às alegações das partes, consoante preconizou o legislador de 1877. Prevalece aqui um diálogo processual quanto aos elementos fáticos e jurídicos que vão embasar a decisão, cabendo ao juiz cooperar com as partes ao longo do processo. Há o imperativo quanto ao cumprimento dos deveres de diálogo pelo julgador e, no momento decisório, que é exclusivo e assimétrico, deverá o juízo

⁶¹⁵ CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão *In*: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 33-36

⁶¹⁶ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 302-304

⁶¹⁷ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 325-341

considerar o que lhe foi apresentado ante a divisão de trabalho na comunidade processual.⁶¹⁸ Essa perspectiva altera o fenômeno processual, deslocando-o para o eixo de um processo comunicativo, aberto e argumentativo, para a formação decisória, a qual ocorre sob um discurso dialógico e racional.⁶¹⁹

A análise acima feita é importante para compreender como opera a cooperação processual na Alemanha, afinal, é a sistemática do processo civil alemão, quanto ao dito instituto, é associada a figura do contraditório participativo, no qual as partes possuem o condão de influenciar o julgador na construção da decisão.⁶²⁰ Esse elemento participativo, baseado na sistemática de Stuttgart, é exatamente o que foi explicado na presente seção, e que, por sua cariz dialógica, poderá, em tese, se coadunar com o paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas.

Posteriormente, o modelo dialógico alemão, assim como as ideias do jurista italiano Nicola Picardi sobre o contraditório por influência, será adotado no Código de Processo Civil de 2015. Vale destacar, nesse ponto que, a essa aproximação se deve aos trabalhos da Escola Mineira de Processo, inclusive com a participação, de seus membros, que foram consultados como especialistas na elaboração da dita legislação.⁶²¹

Inclusive essa percepção abre espaço para verificar a existência de uma possível relação, como se fará mais adiante no presente trabalho, entre a cooperação processual, o devido processo legal e o contraditório por influência. Todavia, antes de ingressar na análise do modelo cooperativo positivado pelo Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário analisar como a cooperação jurídica era abordada na legislação processual anterior, em consonância à série de reformas legislativas que foi submetida durante sua vigência.

⁶¹⁸ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 309

⁶¹⁹ KOHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 342

⁶²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 39

⁶²¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. (Re)Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de Processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 18-22

4.2.2 A cooperação jurídica e o Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 foi desenvolvido por Alfredo Buzaid sob forte influência da teoria de Enrico Tullio Liebman que, em passagem no Brasil, formou a escola processualista de São Paulo. A tônica da codificação elaborada à época era majoritariamente técnica e científica, com o produto legislativo apresentando um equilíbrio aos poderes inquisitoriais do juiz com o princípio dispositivo. Foi firmada uma estrutura processual publicista e não autoritária, a qual contemplava influências do processo estrangeiro e uma objetiva neutralidade ideológica do processo.⁶²² Apesar do Código de Processo Civil de 1973 não trazer uma positividade específica quanto à cooperação processual ou até mesmo uma cláusula geral, havia dispositivos legais esparsos cujo teor estava sintonizado com a sistemática de cooperativa. Essas normas trouxeram deveres para o julgador em relação às partes, consagrando, ainda que minimamente, o ideário de um processo dialógico.⁶²³

Nessa extração implícita e tópica, é possível encontrar a presença do dever de prevenção no art. 284 da legislação processual de 1973, a partir do qual não é exequível o indeferimento da petição inicial sem a intimação prévia da parte para complementar ou corrigir o defeito. Também é vedado o indeferimento da tutela antecipatória sob o fundamento de ausência de prova inequívoca. Pelo dever de prevenção, deverá ser oportunizado ao faltoso realizar a emenda da peça e a reunião das provas necessárias. Perspectiva semelhante é adotada no art. 295, inciso V, quanto à correção do procedimento inadequado eleito pelo autor sempre que for factível. De mesmo espírito, o art. 515, §4º aplica possibilidade semelhante quanto às nulidades sanáveis verificadas no âmbito recursal. Ainda no eixo do dever de prevenção, no art. 599, inciso II da velha codificação, há a necessidade de o juiz advertir o executado antes de puni-lo por ato atentatório à dignidade da justiça.⁶²⁴

De igual feita, é identificado o dever de consulta nos arts. 243 e 330 para coibir, respectivamente, a declaração de nulidade processual e a prolatação de decisão surpresa quando ocorrer o julgamento antecipado do mérito. Para além, a aplicação da multa por litigância de má-fé dos arts. 17 e 18 também exige a oitiva prévia das partes. Já o poder de auxílio está nos arts. 355 e 360, cuja inteligência permite ao juiz determinar que a parte ou o terceiro exhiba documento, relevante para a instrução do processo, que está em seu poder. Por

⁶²² PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, jun. 2011. p. 97-100

⁶²³ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 116

⁶²⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 223-225

fim, o dever de esclarecimento reside nos arts. 342 e 440, ao possibilitar ao magistrado esclarecer os pontos controversos quanto às alegações veiculadas pelas partes e os fatos referentes ao feito.⁶²⁵

No campo doutrinário, para a compreensão do Código de Processo Civil de 1973, destaca-se a figura de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem há um dever cooperativo do juiz para trazer um mínimo de equilíbrio ao processo. Trata-se de um dever decorrente do direito fundamental ao contraditório, prescrito pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Portanto, a ideia daquele processualista, em viabilizar o direito à ampla defesa e o exercício pleno do contraditório repousa na percepção de que é necessário tanto identificar a norma aplicável quanto evitar surpresas.⁶²⁶

Também deve-se tomar nota dos estudos de Lúcio Grassi de Gouvea, pois sua pesquisa identifica os deveres de perguntar e esclarecer do processo alemão e congrega esses elementos junto aos dispositivos da cooperação no processo civil lusitano. O objetivo é de promover um estudo comparativo com a então legislação processual brasileira. O resultado é a percepção de que a sentença não deve ser aceita pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão, que é obtida através da colaboração processual.⁶²⁷

Além dos dois juristas citados acima, precisa-se mencionar os estudos de Dierle Nunes sobre a democratização do processo mediante um novo conceito de formalismo processual. A pesquisa de Nunes tem origem na análise das reformas processuais ocorridas no Código de Processo Civil de 1973 e conclui pelo exercício do contraditório por influência, em uma sistemática policêntrica e participativa dos sujeitos processuais.⁶²⁸

A despeito da percepção doutrinária, mesmo com os dispositivos acima encontrando guarida na jurisprudência nacional, não há na codificação de 1973 qualquer adoção da gestão cooperativa, consoante à prevalência dos interesses não cooperativos dos sujeitos processuais. De um lado, o julgador busca ampliar o número de processos julgados para alcançar as metas produtivas que lhe são impostas pelo Conselho Nacional de Justiça. De outro, as partes buscam todo e qualquer expediente para garantir o êxito da demanda. É pensando no controle

⁶²⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 225-228

⁶²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 135-145

⁶²⁷ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 200-209

⁶²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 253-261

desses comportamentos que o Código de Processo Civil de 2015 insere a cooperação como norma fundamental, sem se deixar levar pela falácia da primazia de qualquer sujeito do processo e nem pelas visões românticas de solidariedade e da eticização processual.⁶²⁹

Como justificativa para criação de um novo Código aponta-se a incapacidade da legislação processual de 1973 corresponder a todos os desafios que lhe são impostos, os quais não podem ser resolvidos a partir de fundamentos técnico-processuais. Um exemplo desse cenário é a judicialização da política, que torna o judiciário palco da discussão e implementação de direitos fundamentais.⁶³⁰ Com a mudança legislativa, a concepção adotada pelo legislador é de criar uma dimensão democrática para o processo, tendo em mira que a própria dinâmica processual, entre partes e juiz, reflete as que se dão entre cidadão e Estado. Isso se espelha em uma nova dimensão para diversos instrumentos e institutos, a exemplo do acesso à justiça e do contraditório substancial.⁶³¹

Ademais, a novel legislação foi promulgada em um contexto democrático, diferentemente da codificação que lhe é antecessora, cuja outorga se deu em um período ditatorial. Sabendo dessa mudança de panorama, a investigação segue para compreender como a cooperação processual é trabalhada no Código de Processo Civil de 2015, visando identificar como a legislação processual lida com a perspectiva cooperativa como um todo.

4.3 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo civil tem sua aplicação e interpretação modificadas, ante o novo pano de fundo constitucional. A expectativa do constituinte originário, ao estabelecer normas processuais no texto constitucional, transformando-as em direitos fundamentais, imprime a necessidade do processo civil de se reportar diretamente à Constituição.⁶³² Para viabilizar a democratização processual pretendida, a legislação processual brasileira teve de ser alterada, com a elaboração de uma nova codificação apta a corresponder aos paradigmas constitucional, jurídico-político,

⁶²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58-60

⁶³⁰ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, jun. 2011. p. 100

⁶³¹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 48-49

⁶³² NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Processo constitucional contemporâneo. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CARDOSO FILHO, Petrônio Calmon Alves; NUNES, Dierle José Coelho. (Orgs.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 3-5

social e tecnológico que se encontram vigentes. No afã de melhorar o sistema processual, foi instituída em 2009 uma comissão de juristas para criar o Código de Processo Civil, cuja promulgação ocorreu em 2015.⁶³³

Positivada pelo Código de Processo Civil, a cooperação processual é uma inovação que modifica a interação entre as partes, o julgador e os terceiros e que aspira atender aos valores constitucionais e, em especial, concretizar o acesso à justiça. Por força do art. 6º do Código de Processo Civil, a cooperação é a viga mestra que orientará, na condição de norma processual fundamental, toda a dinâmica processual a ser desenvolvida. Diz o artigo: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.⁶³⁴

Pela dicção legal, fica evidente que o artigo não se resume às partes ou ao juiz, determinados como os “sujeitos do processo”. Desse modo, os eventuais terceiros, os auxiliares da justiça e até o Ministério Público devem empregar esforços para alcançar a decisão de mérito para aquela demanda. Por outro lado, também chama atenção o emprego dos vocábulos “justa” e “efetiva”, direcionando para uma possível decisão que alcance os aspectos sociais e extraprocessuais da demanda. Também está inserida, dentro os objetivos da cooperação, a celeridade processual, para que a demanda seja resolvida em tempo razoável, considerando as peculiaridades do caso concreto.⁶³⁵

Curiosamente, há um motivo pela opção do legislador pela terminologia “cooperação”, em detrimento de “colaboração”, já que são palavras de sentidos distintos, sutis. A cooperação significa operar em conjunto para alcançar uma finalidade comum, de modo que cada um desempenha sua tarefa em sintonia. De seu turno, a colaboração é laborar em conjunto, com contribuições individuais que ocorre de maneira sistematizada, cumprindo autonomamente seu papel, mesmo que com um fim comum. Na primeira há sincronia, na segunda não há. Nesse sentido, a cooperação processual está no art. 6º, ao passo que a colaboração reside no art. 378, ambos do Código de Processo Civil.

Com a projeção da cooperação para as relações processuais, é possível identificar uma rede de deveres processuais que são impostos aos sujeitos do processo, sem desprezar a presença de interesses antagônicos, corporificados nas partes e inerente à lide. Esses deveres têm o fito de garantir o desenvolvimento do processo sob as premissas constitucionais. Por

⁶³³ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, pp. 93-120, jun. 2011. p. 101-110

⁶³⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

⁶³⁵ CASTRO, Lauro Alves de. **Princípio da cooperação e a fundamentação analítica no CPC/2015**: das decisões às postulações. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 21-22

tratar-se de um instituto com vários reflexos, é necessário destrinchar, antes de mais nada, quais são as suas características para entender, verdadeiramente, qual a idiosincrasia processual que permeia cooperação no processo civil brasileiro.

Com efeito, há de se verificar, dentre outras questões, no que consiste a cooperação processual e o que significa o instituto processual estar inserido como norma fundamental do processo. Nesse questionamento, há de se indagar se a cooperação se trata, de fato, de um princípio processual. De igual maneira, é preciso analisar qual o vínculo existente entre a cooperação processual, o devido processual legal e a boa-fé objetiva, para saber se o legislador pretendeu desenvolver uma eticização do processo civil.

Afora os itens acima, também devem ser perquiridos quais deveres são estipulados às partes e aos magistrados, e qual liame a cooperação guarda com o contraditório substancial e com o saneamento compartilhado. Também serão verificadas quais as sanções podem ser culminadas aos sujeitos processuais pelo descumprimento do preceito cooperativo. Não obstante, deve-se prescrutar a viabilidade da cooperação ser aplicada em todas as fases processuais e quais são os limites do instituto. Cumpre salientar que nessa instância será realizada uma análise sistêmica do direito processual civil, observando não só o art. 6º como também o restante da legislação e o próprio texto da Constituição Federal.

Perante tais necessidades, é cabível então mergulhar no primeiro tópico da jornada rumo ao cerne da cooperação para identificar se o instituto pode ser considerado, de fato, como um princípio processual. Para responder esse questionamento inaugural, serão confrontadas as percepções doutrinárias e as próprias premissas jusfilosóficas adotadas neste estudo, dado que abordará, em momento oportuno, a reconstrução da cooperação processual pelos elementos teóricos do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

4.3.1 As normas fundamentais processuais e a cooperação processual

Nos ordenamentos estrangeiros estudados, a cooperação processual é um princípio, servindo, dentre outras funções, como um norte para a condução do processo. Para verificar se a cooperação goza do mesmo *status* na sistemática processual brasileira, essa seção estará debruçada sobre o conceito de normas fundamentais, consoante o referido dispositivo estar situado naquele bloco do Código de Processo Civil. De igual maneira, também abordará o próprio conceito de princípio, tomando como base os posicionamentos doutrinários sobre o enquadramento da cooperação processual.

Dedicar um capítulo exclusivo às normas fundamentais do processo não é exclusividade do Código de Processo Civil brasileiro, pois legislações semelhantes adotam tal postura, a exemplo das codificações francesa, inglesa e portuguesa. No cenário brasileiro, a percepção de normas fundamentais faz contraponto com os princípios informativos e fundamentais. A diferenciação de ambos se dá pela primeira categoria ser eminentemente técnica e esvaziada de caráter ideológico, ao passo que a segunda detém características políticas, as quais eram identificadas pela doutrina na vigência da legislação de 1973.⁶³⁶

Sob a ótica da teoria da Constituição dogmática, o elemento da fundamentabilidade é materializado linguisticamente porque a Constituição estabelece direitos fundamentais, que são normas jurídicas que detêm força normativa e que são garantidas pela própria supremacia constitucional. Por estarem localizados diretamente no texto constitucional, essa categoria de direitos não pode ser facilmente modificada pelo legislador ordinário, ante a normatividade constitucional que apresenta.⁶³⁷

A acepção fundamental se deve pela necessidade de expressar que parte das normas vigentes na legislação pretende refletir e concretizar os princípios constitucionais.⁶³⁸ Logo, as normas fundamentais processuais não gozarem, supostamente, da fundamentalidade descrita pela dogmática constitucional, que pode se convencionar como fundamentalidade em sentido estrito, visto que são produções do legislador infraconstitucional e não residem no texto constitucional. Mesmo assim, é possível verificar que por detrás delas há um forte valor axiológico, com o próprio legislativo conferindo posição de destaque na cabeça da legislação, razão pela qual apresentam uma fundamentalidade em sentido amplo.

É importante salientar que a classificação acima não visa promover uma hierarquização entre as normas fundamentais, mas sim destacar que o aspecto geográfico ou a localização da norma, acaba se tornando irrelevante. Por isso que se propõe que sejam consideradas a materialidade e o conteúdo da norma os elementos responsáveis pela fundamentabilidade da norma. Ao cabo, em uma análise comparada, que as normas fundamentais se aproximam das máximas processuais do direito processual alemão, servindo para fundamentar o processo civil e, quiçá, os demais ramos processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶³⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma fundamental do processo civil brasileiro: aspectos conceituais, estruturais e funcionais. *Civil procedure review*. v. 9, n. 1, p. 101-124, apr, 2018. p. 101-102

⁶³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40-41

⁶³⁸ BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. *In: Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 26

Assim é possível afirmar que a cooperação é um princípio técnico, que está ligado aos princípios constitucionais do contraditório substancial e do devido processo legal.⁶³⁹ Por isso é necessário identificar, valendo-se do elemento terminológico, o que de fato é cooperação: trata-se de um instituto restrito ao já falado art. 6º ou é algo mais amplo? Logo, a resposta envolve diferenciar o que é cooperação em sentido amplo e em sentido estrito, já que o termo tanto pode corresponder ao dispositivo supra quanto à sistemática pretendida pelo Código de Processo Civil e que está espraiada em outros artigos.

Em um sentido estrito, a cooperação dirá respeito ao postulado do art. 6º, que está direcionado para a comunidade de trabalho do processo e poderá servir de guia para a condução do processo e para a aplicação e a interpretação das outras normas processuais. De outro lado, a cooperação em sentido amplo, aqui pensando a sistemática processual vigente, dependerá de outros institutos e dispositivos legais, os quais podem ser consequência direta ou indireta, expressa ou implícita, do art. 6º. Há, no sentido amplo, uma corporatura de normas na legislação processual que formam a entrançadura, com esteio no referido dispositivo.

Com efeito, é preciso destacar que existe uma diferença entre cooperação processual e cooperação judiciária, eis que se tratam de institutos completamente diferentes. Ao passo que a cooperação processual está vinculada ao devido processo legal e se comporta como uma norma fundamental do processo, a cooperação judiciária envolve o recurso a “mecanismos de mútua assistência com tribunais, órgãos administrativos e autoridades de outros países e vice-versa. Tudo na busca de uma solução mais eficiente, econômica e célere dos litígios envolvendo o direito internacional privado”.⁶⁴⁰ A cooperação judiciária é disciplinada por intermédio de normas gerais e pode ser exercida ou através de auxílio direto ou de cartas rogatórias, contendo a legislação processual vigente farta disciplina sobre o assunto.

Em síntese, mesmo sinalizando para a cooperação processual como um possível princípio, a doutrina brasileira, independentemente de não ser incipiente na temática, ainda não é unânime. Existem juristas que não reconhecem o caráter principiológico para o instituto em tela. Para fins de recorte temático, serão tomadas como referência as visões de Lenio Streck, Dierle Nunes, Daniel Mitidiero e Fredie Didier Júnior, para, após o percurso, anunciar a perspectiva deste estudo.

⁶³⁹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 496-497

⁶⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 183-184

Lenio Streck é um jurista que se mostra bastante reticente quanto ao emprego de princípios. Em sua ótica, há uma deturpação interpretativa em relação ao texto da Constituição Federal, o que acaba gerando aquilo que ele denomina de “pamprincipiologismo”. Trata-se de uma suposta sanha dos juristas na criação de novos princípios, muitas vezes destituídos de qualquer conteúdo normativo, desembocando em decisões judiciais teratológicas.⁶⁴¹ Ao analisar a cooperação processual, Streck não enxerga um princípio e muito menos um instituto que detenha sustentabilidade jurídica como contraponto ao formalismo processual. Para Streck, a cooperação não possui densidade normativa suficiente, uma vez que, em sua visão, não há, supostamente, qualquer sanção para a não cooperação. A função da cooperação é tão somente ornamentar o plano performativo do direito, servindo de cláusula genérica cujo objetivo é limitar as próprias garantias processuais. Em suma, para Lenio Streck, a cooperação é mais um pretense princípio, calcado na tautologia e nos argumentos vazios.⁶⁴²

Ao longo do presente capítulo, as objeções de Streck serão afastadas, em especial, quanto à ausência de sanção. Não obstante o posicionamento desse jurista, calha salientar que a doutrina majoritária considera a cooperação como um princípio, cada um adotando diferentes perspectivas sobre o fenômeno cooperativo. Nessa toada, serão dissecadas as três principais vertentes que tratam da cooperação processual, ante o recorte mencionado acima, o qual se dá, especialmente, pela ênfase que cada um dos juristas abaixo garante àquele instituto jurídico.

Por seu turno, Dierle Nunes, jurista vinculado à Escola Mineira de Processo, a qual trabalha com a relação entre Habermas e o direito processual civil, enxerga a presença da comunidade de trabalho à formação do policentrismo processual. Logo, o processo é guiado por vários sujeitos, cada um desenvolvendo seu papel de maneira dialética, sendo essa perspectiva uma expressão de modelo constitucional de processo. Segundo Nunes, a participação, terminologia empregada para tratar da cooperação processual, e o processo policêntrico estão vinculados às balizas constitucionais estabelecidas pelo princípio do contraditório. Tal perspectiva, vai muito além de uma mera bilateralidade nas audiências, pois

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-540

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Girogio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante” – Riscos da formalização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, jun 2015. p. 343-347

está escorada em uma perspectiva isonômica, da qual a materialização se dá pela possibilidade de influenciar na construção da decisão a ser proferida.⁶⁴³

Vale destacar que Nunes adota Habermas como o marco filosófico para a construção sobre o modelo policêntrico e participativo, voltado às exigências de produção de decisões legítimas e coerentes. Logo, a participação dos sujeitos processuais permite enxergar o processo como um procedimento jurisdicional balizado pelos direitos humanos e pela soberania popular, afastando qualquer privilégio cognitivo do julgador.⁶⁴⁴ Assim, Nunes vincula a participação com os deveres de consulta do julgador, ao submeter os fundamentos da decisão futura ao crivo da comunidade de trabalho. Afinal, os papéis se equilibram, na comunidade de trabalho, para evitar qualquer protagonismo dos atores processuais. Identifica, ainda, o dever de esclarecimento judicial, que afasta as possibilidades de uma decisão surpresa ser prolatada contra as partes.⁶⁴⁵

Dessa forma, Nunes, junto com os mineiros Flávio Pedron e Alexandre Bahia, enquadram a cooperação intersubjetiva, entre os membros da comunidade de trabalho, como um princípio informativo do processo policêntrico, direcionado para a convivência dos poderes processuais das partes e do juízo. Em outros dizeres: há uma cooperação da própria comunidade do trabalho, composta por partes, terceiros e julgador(es), com o processo, de modo que cada agente atua de forma interdependente.⁶⁴⁶ Desta feita, a legitimidade procedimental das decisões, proveniente da cooperação intersubjetiva, “deve ser alcançada com a possibilidade de resgate discursivo dos provimentos compartilhados por um juiz-diretor e por partes possuidoras de garantias dinâmicas.”⁶⁴⁷

Cumprido salientar que na visão de Nunes, tomada enquanto tônica da leitura processual habermasiana da Escola Mineira de Processo, o modelo participativo ainda permite espaços para que as partes atuem dentro de seus próprios interesses, sendo necessária a fiscalização das atitudes e comportamentos não cooperativos. Ou seja, é possível que as partes ajam estrategicamente no processo, pois não se pretende a eticização processual. No

⁶⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212-230

⁶⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49-52

⁶⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 224-229

⁶⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 496-498

⁶⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 181

fragmento abaixo, verifica-se como pode ser deduzida a cooperação processual no modelo participativo:

Todas estas constatações que mostram a autenticidade de preocupações acadêmicas envolvendo a crítica ao solipsismo e protagonismo judiciais, de um lado, e com a busca estratégica de sucesso, inclusive de má-fé, além da atecnia, por parte dos advogados, de outro, demonstram empiricamente a existência do problema e a necessidade de dimensionamento de contramedidas processuais com a finalidade de esvaziar e controlar os comportamentos não cooperativos e contaminados de todos os sujeitos processuais. Torna-se imperativo, ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do *iter* processual, além da criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos. Esta é uma das finalidades de um processo democrático lastreado numa teoria deontológica de participação/cooperação, por nós defendida desde 2003, e projetada no Novo Código de Processo Civil, mediante a indução de balizas procedimentais fortes do contraditório como influência e não surpresa (art. 10), boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º) e fundamentação estruturada da decisão (art. 486).⁶⁴⁸

Como contraponto à visão de Dierle Nunes, Daniel Mitidiero enxerga o processo cooperativo sem a possibilidade de cooperação entre as partes. Para Mitidiero, a colaboração, como denomina a cooperação, é tanto um modelo quanto um princípio jurídico, dado que impõe um estado de coisas a ser cumprido no âmbito do processo. Portanto, há a identificação dos deveres cooperativos do magistrado em relação às partes, os quais estão umbilicalmente ligados ao contraditório e ao direito da igualdade processual. De outro lado, as partes possuem interesses divergentes, característica essa do processo civil, cujo cerne está no litígio, o que impede qualquer expectativa de colaboração entre esses sujeitos.⁶⁴⁹

Como o processo é composto por um feixe de relações jurídicas complexas,⁶⁵⁰ Fredie Didier compreende que a cooperação processual denota um novo paradigma na condução processual, permitindo superar a dicotomia entre a dispositividade e a inquisitorialidade. A cooperação possibilita instrumentalizar a comunidade de trabalho processual, em que cada sujeito terá atribuições na forma de deveres processuais, que almejam a obtenção de lealdade e cooperação dentro do processo. Pela cooperação ser uma norma de eficácia direta e de cláusula geral, Didier conclui que se trata de um princípio cujo núcleo está projetado na construção de um novo modelo processual que observe ao devido processo legal.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 61

⁶⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 104-109

⁶⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 83-84

⁶⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 345-355

Para a visão adotada neste estudo, serão tomadas, em um primeiro momento, as abordagens de Dierle Nunes e Fredie Didier, em relação à cooperação processual, por serem complementares entre si. Em um segundo momento, adotar-se-ão os pressupostos da teoria dos direitos de Dworkin utilizada por Habermas⁶⁵². Dworkin, traz uma série de requisitos para a caracterização de uma norma como princípio⁶⁵³ – para uma leitura mais aprofundada sobre esses tópicos, ver, respectivamente, os itens 2.2.2. e 2.2.2.1 deste trabalho. Na teoria dworkiana dos direitos, os princípios contemplam a presença de exigências de justiça, a veiculação de um comando sem consequências jurídicas automáticas, a necessidade de sopesamento para verificar a aplicação do princípio no caso concreto e a eventual relação de interdependência entre o suposto princípio e as demais regras.

A título de advertência teórica e, para fins de separação das vozes do filósofo americano daquela construída nesta pesquisa, é necessário destacar que Dworkin não trata necessariamente da cooperação processual ou lança considerações específicas sobre o direito processual brasileiro. A opção pela abordagem dworkiana, quanto ao conceito de princípio, é um recurso para manter a coerência interna desta pesquisa. O entrecruzamento da teoria dos direitos dworkiana com a cooperação processual é buscado como forma de preservar a premissa adotada, desde o início, que é recorrer à teoria de Jürgen Habermas, em todos os seus aspectos, como forma de reconstruir a cooperação processual.

Destá feita, ante as balizas fincadas por Dworkin, é possível enquadrar a cooperação processual como um princípio, tendo esteio nos requisitos traçados pelo teórico para a referida espécie normativa. Isso se dá pelas seguintes razões: a) a cooperação é fruto de uma evolução do processo civil, deflagrada pela Constituição Federal e reconhecida pela comunidade jurídica; b) a cooperação processual, conforme disposta no art. 6º, serve de anteparo às demais regras participativas presentes no Código de Processo Civil de 2015; c) a cooperação, em caso de descumprimento, utilizará das sanções previstas nos institutos da litigância de má-fé e do dano processual; d) a cooperação processual impõe a comunidade de trabalho um padrão de justiça a ser concretizado tendo como base o devido processo legal e o acesso à justiça como direitos fundamentais; e) a cooperação processual, enquanto princípio, permite afastar do processo qualquer viés ideológico no sentido político, pois reforça o dever argumentativo do magistrado, coibindo a produção de decisões solipsistas; f) por fim, a cooperação

⁶⁵² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 264

⁶⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-45

processual tem uma textura aberta, devendo ser considerado seu peso a cada situação concreta, em face das particularidades de cada caso.

A cooperação processual, enquanto princípio, não ficará limitada, em seu escopo, ao juízo exclusivamente, sendo um padrão que irá influenciar todos os sujeitos que participam do exercício da jurisdição e que compõem a comunidade de trabalho.⁶⁵⁴ Terminada esta etapa, cumpre buscar, valendo-se da deixa aberta por Dierle Nunes, qual é a relação entre a cooperação processual, o devido processual legal e a boa-fé objetiva.

4.3.2 A relação entre a cooperação processual, o princípio constitucional do devido processo legal e a boa-fé objetiva

Com base no que foi explicado acima, a próxima etapa desta pesquisa envolve a relação entre a cooperação processual, o devido processo legal e a boa-fé objetiva. O intuito, neste momento, é de melhor contextualizar a cooperação processual sob a égide da Constituição Federal. Com efeito, a correlação pretendida é necessária, pois o devido processo legal é, por excelência, o mais elementar direito fundamental positivado pelo texto constitucional. Por outro lado, estudar o liame com a boa-fé objetiva possibilita identificar quais são os padrões comportamentais exigidos no processo.

Inicialmente, é importante salientar que a atuação jurisdicional do poder judiciário deve estar vinculada ao regime de direitos fundamentais, em razão das cortes estarem, simultaneamente, a serviço da proteção daquela categoria. Por tal prisma, é impresso ao processo judicial uma justeza, manifestada nas decisões produzidas, cuja direção é dada pelos direitos fundamentais materiais. Essa categoria de direitos possui uma eficácia recíproca com os procedimentos e parâmetros de organização judicial – ou seja, aqui está disposta a eficácia vertical. De outro lado, as entidades privadas e os particulares também são vinculados, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que será discutido mais à frente acerca da boa-fé processual.⁶⁵⁵

O devido processo legal está interligado a todas as manifestações do poder político do Estado, tendo surgido, inicialmente, no ano de 1037, com o édito de Conrad III, sendo depois aperfeiçoado com edição da Magna Carta de 1215. Isso significa que o referido princípio é imposto à totalidade do Estado, incluindo-se aqui os poderes executivo, legislativo

⁶⁵⁴ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 90-92

⁶⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 446-448

e judiciário. Todavia, será o poder judiciário o guardião do devido processo legal, analisando a aplicação do conteúdo daquele princípio frente aos casos concretos.⁶⁵⁶

No direito brasileiro, o princípio do devido processo legal reside no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, respectivamente: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁶⁵⁷ Ademais, o art. 1º da Constituição, em uma leitura sistematizada com o art. 5º, determina que todo o exercício de poder estatal esteja de acordo, como dito acima, com o devido processo legal. Em outras palavras: toda a produção normativa, inclusive o procedimento legislativo, deverá se submeter ao devido processo legal⁶⁵⁸, daí se falar, até mesmo, em um devido processo constitucional.⁶⁵⁹

A dicotomia acima expõe a distinção entre as modalidades processual e substantiva do devido processo legal. Esta dualidade advém do direito norte-americano e fora desenvolvida em 1856 no caso *Wynehamer v. People*, New York, sendo aplicada como uma garantia do cidadão de que os atos praticados pelos poderes estatais detêm legitimidade e podem ser, efetivamente, controlados. Na dimensão processual, tem-se a aplicação do devido processo legal aos atos praticados, sejam legislativos, administrativos ou judiciais, com vista às formas de execução que lhe são aplicadas e ao procedimento adotado. Em outro giro, a dimensão substantiva, ao ser aplicada no poder judiciário, imprime a necessidade de o exercício da jurisdição estar em sintonia com a Constituição, protegendo, efetivamente, o cidadão de qualquer violação aos seus direitos fundamentais.⁶⁶⁰

Quando voltado à atuação jurisdicional, o devido processo legal, ou o direito fundamental ao processo justo, sinaliza a consagração de um conteúdo positivado enquanto direito humano, consoante se fazer presente nos arts. 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Em termos de conteúdo, o devido processo legal é um princípio fundamental para a organização do Estado e contempla o modelo mínimo de atuação processual que vinculará tanto o ente estatal quanto os particulares. Como dito acima, o devido processo legal impõe deveres às instituições que compõem todos os poderes estatais e

⁶⁵⁶ CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 378-381

⁶⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

⁶⁵⁸ CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 383-385

⁶⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 369

⁶⁶⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 198-202

que concorrem na estruturação do processo como meio idôneo na tutela de direitos. Nesse ponto é que está posto o âmbito de proteção do devido processo legal enquanto direito fundamental.⁶⁶¹

Afora a eficácia vertical, que orienta a ação do Estado, é possível tratar da eficácia horizontal do devido processo legal, a qual é corporificada na própria cooperação processual e instrumentalizada pela boa-fé processual, a despeito da cooperação também ser exigida do juiz, conforme a modalidade vertical. Esses dois elementos trazem para a comunidade de trabalho restrições ao exercício de direitos que atentem contra o estado de coisas enunciado pelo princípio em tela. Como o devido processo legal está vinculado à presença de uma decisão justa e preza pela unidade do direito, o exercício da pretensão à justiça e ao provimento jurisdicional se vinculam ao próprio modo de ação das partes e do juiz dentro da sistemática processual.⁶⁶²

É possível, inclusive, falar em uma dimensão procedimental, no sentido habermasiano, para o próprio devido processo legal, mote que será adotado como paradigma na presente pesquisa. Com efeito, a questão do devido processo legal se projeta para além das decisões judiciais e alcança todas as formas do ente público produzir provimentos, enquanto atos de caráter vinculativo. O devido processo procedimental, adotado nessa vertente, vai para além de um viés formal, enquanto limite ao poder jurisdicional e material, enquanto instrumento processual ao exercício da jurisdição. Trata-se de um princípio constitucional que, articulado com o direito processual, permite a construção coerente, imparcial e participativa da decisão judicial.⁶⁶³

Nos termos do que foi ventilado, a cooperação processual constitui um princípio por excelência. O equilíbrio da relação processual se dá com a divisão de trabalho entre os participantes, o que enseja a concretização do ideário de um processo justo, a partir da cooperação com o próprio processo. Essa relação processual deve ocorrer de forma policêntrica, sem quaisquer protagonismos de um outro sujeito processual, com a plena cooperação das partes com o processo, de modo que cada um cumprirá o seu papel, nos ditames do devido processo legal.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 765-767

⁶⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 768-772

⁶⁶³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151-167

⁶⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215-217

O âmbito de proteção da cooperação é justamente a organização de um processo idôneo, permitindo obter uma decisão de mérito justa e em tempo hábil. Isso implica, por via transversa, na reorganização dos poderes processuais exercidos pelos participantes da comunidade de trabalho. Nessa senda, há um dever não só para as partes ou para o poder judiciário, mas também para o legislador que deverá adensar a cooperação na sistemática processual.⁶⁶⁵

De seu turno, a boa-fé processual está calcada na boa-fé objetiva, que é distinguida da boa-fé subjetiva: enquanto a primeira aborda o comportamento do sujeito, a segunda foca na sua intenção ou motivação. Logo, todos os atos desleais praticados correspondem a uma violação do preceito em tela e propiciam a cominação de uma sanção ao responsável pela prática. Trata-se de um princípio que é aplicado tanto verticalmente, entre o Estado e o cidadão, quanto horizontalmente, entre os próprios cidadãos.⁶⁶⁶ A incidência da boa-fé nas relações processuais, a despeito da previsão exclusivamente infraconstitucional, notadamente no art. 5º do Código de Processo Civil, encontra guarida na Constituição Federal, como decorrência do princípio do processo legal e proclama uma cláusula geral processual.⁶⁶⁷

Cabe à boa-fé processual fornecer o pressuposto ético para a cooperação processual, enquanto devido processo legal, guiando o processo para obtenção da verdade possível, nos limites do juízo de probabilidade. E, diferentemente dos modelos inquisitivo e adversarial, que recorriam aos ditames da boa-fé subjetiva, o processo cooperativo se valerá da boa-fé objetiva, visto ser um dever recíproco de correção de todos aqueles que participam da relação processual.⁶⁶⁸ Com efeito, a boa-fé processual é uma nítida norma de comportamento que tem como função nortear os trabalhos da comunidade processual ao estabelecer padrões de confiança e criar uma matriz que deverá ser seguida.

Em termos de conteúdo, a boa-fé forma uma relação de complementaridade com a cooperação e o direito ao contraditório na realização do devido processo legal. Nesse campo, o princípio da boa-fé processual, enquanto norma fundamental do processo prevista no art. 5º do Código de Processo Civil, traça um padrão comportamental objetivo que deve ser seguido por todos aqueles que compõem a comunidade de trabalho. Portanto, o perfil de conduta não comporta qualquer consideração acerca do estado espiritual ou da intenção dos agentes: o que

⁶⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 773-776

⁶⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 197-204

⁶⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 135-139

⁶⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 94-101

importa é que os sujeitos compreendam o padrão de transparência, de probidade e de correção que lhe são impostos.⁶⁶⁹

Não obstante, o princípio da boa-fé também influencia na segurança jurídica, pois, além de proibir as condutas dolosas dos sujeitos processuais e ofertar os fundamentos para os deveres cooperativos, também obsta comportamentos contraditórios. Por se tratar de cláusula geral e aberta, a boa-fé processual detém certa flexibilidade e suas consequências são indeterminadas, cabendo ao juiz analisar, junto às partes, qual a aplicação e os efeitos no caso concreto. Em termos punitivos, a violação da boa-fé processual conduz, nos limites do processo, a sanções como a preclusão de um poder processual, a imposição de indenização pelos danos causados, a imposição de medida inibitória, a aplicação de sanção disciplinar ou a declaração da nulidade do ato processual praticado.⁶⁷⁰

Sumulando a discussão até o presente momento: é pelo princípio da boa-fé processual que se estabelece uma garantia de que a condução do processo será orientada para encontrar a verdade fática e possibilitar uma cognição eficiente. Assim é possível evitar que a comunidade de trabalho conduza o julgador ao erro e daí a justificativa para as sanções por litigância de má-fé, visto que violam não só a cooperação processual, mas a própria dignidade da justiça.⁶⁷¹ Logo, fala-se, mais uma vez, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais processuais e na boa-fé processual como elementos estruturantes do devido processo legal.⁶⁷²

Com efeito, a concretização do devido processual legal dependerá tanto da cooperação processual quanto da boa-fé processual, já que são esses dois institutos que irão traçar o plano de condutas a ser seguido pela comunidade de trabalho – que compreende as partes, o magistrado, o tribunal e os terceiros que participem da relação jurídica processual. Muito longe de promover uma eticização do processo e esperar comportamentos improváveis de sujeitos que estão em litígio, a boa-fé processual trata o padrão mínimo de condutas que deve ser adotado para que o processo tenha seu regular desenvolvimento e cumpra, nos termos da legislação vigente, o objetivo de produzir uma decisão justa e adequada.

Daí a boa-fé processual configurar o limite ao exercício da autonomia privada do sujeito processual, desestimulando, através de punição, a prática de atos não cooperativos que

⁶⁶⁹ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 73-75

⁶⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 467-470

⁶⁷¹ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008. p. 132-135

⁶⁷² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 155

configurem conduta dolosa ou que tenham o propósito de lesar a outrem ou formem conduta incoerente com o processo. Em síntese, a boa-fé processual é a premissa do processo cooperativo, norteador o estabelecimento de diálogos transparentes, a partir da responsabilização dos sujeitos que compõem a comunidade de trabalho processual.⁶⁷³

O próximo item a ser navegado é o contraditório substancial, pois a cooperação processual também irá influenciar na maneira que as partes exercem seu direito de defesa e realizam a produção probatória. Por isso, além do contraditório substancial, também serão abordados dois temas que lhe são correlatos, a saber: a carga dinâmica do ônus da prova e a vedação às decisões surpresa, também chamadas de decisões por emboscada.

4.3.3 A cooperação processual, o contraditório substancial e o saneamento compartilhado

Nesta etapa, trabalhar com o contraditório se justifica pela cooperação processual, já que ambos os institutos estão diretamente relacionados. Na condição de norma fundamental do processo civil brasileiro, a cooperação vai determinar o comportamento das partes e dos magistrados. Além disso, o referido princípio também vai orientar a aplicação da legislação processual. Assim, o estudo prossegue para discutir as questões em torno do exercício do contraditório nos liames do que é esperado pelo modelo cooperativo. Conforme explicado, a cooperação é a cristalização do devido processo legal, o que caracteriza o modelo adotado no Código de Processo Civil de 2015.⁶⁷⁴

A relação entre o processo e o contraditório remonta a teoria de Elio Fazzalari, para quem o processo civil é, na verdade, um procedimento em contraditório. O elo é construído na visão do contraditório como elemento de validade processual, já que sua ausência torna o processo inválido. Assim como ocorre com o devido processo legal, a constitucionalização do contraditório alcança a percepção de um direito fundamental no qual todo procedimento, seja ele público ou privado, deverá ser instituído a contar do contraditório.⁶⁷⁵

O ideário que ampara o princípio do contraditório reside nos reflexos que o princípio democrático traz para o processo. Isso implica na divisão do contraditório em dois sentidos: o primeiro é o direito de participar de todos os atos processuais e o segundo envolve o direito de

⁶⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 126-129

⁶⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 245

⁶⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 81-84

influenciar a formação da decisão judicial. Por isso se fala em dimensões formal, de participação no processo, e substancial, de influencia na construção da decisão judicial.⁶⁷⁶ É nesse conspecto que o processo, em seu viés constitucional, remete ao elo entre a legitimidade democrática do processo e o princípio da cooperação, formalizando o contraditório por influência como um dever dialógico e, ao mesmo tempo, um valor-fonte processual.⁶⁷⁷

Com a substituição do contraditório como bilateralidade de participação em audiência pela garantia de influência, a relação processual poderá ser classificada como isonômica e igualitária, corrigindo eventuais assimetrias e situações de hipossuficiência. A possibilidade de influenciar a decisão do julgador se revela como a submissão de todos os prováveis fundamentos em contraditório, o que acontece com a igualdade de armas e de influências no debate entre partes e julgador. Daí a impossibilidade de decisões surpresa, que ocorrem sem manifestação prévia das partes, dado que a própria justificativa do contraditório é um fator estruturante para a cooperação processual e para o próprio devido processo legal.⁶⁷⁸

Portanto, a viga mestra para o exercício do contraditório emana do art. 7º do Código de Processo Civil, cujo teor direciona para uma dialética mais ampla do que a simples participação da parte. O que se objetiva, pela codificação, é que todas as partes tenham iguais condições de influenciar na construção da decisão, o que leva a um modelo chamado de contraditório substancial – ou contraditório participativo.⁶⁷⁹ Em um comparativo, no direito alemão, o contraditório substancial é considerado um dever do magistrado, de modo que ele deverá debater, preventivamente, com as partes sobre todas as questões fáticas e jurídicas que precisam ser consideradas para a formação dos pronunciamentos judiciais.⁶⁸⁰

É nessa toada que a legislação objetiva afastar as decisões surpresa, as quais findam reduzindo o contraditório e o direito de influência a uma ficção esvaziada do processo cognitivo. Todos os argumentos necessitam ser debatidos previamente, dado que a decisão

⁶⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 91-92

⁶⁷⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179-187

⁶⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 224-249

⁶⁷⁹ SILVA, Beclate Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 242-243

⁶⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 227

requer aderência à causa de pedir e deve ser passível de fiscalização técnica pelas partes.⁶⁸¹ Por outro lado, este último item é denominado de *accountability* ou prestação de contas da decisão judicial, aspecto que repousa sobre a responsabilidade ética do julgador e possibilita a verificação dos argumentos empregados e acatados pelo juiz, seja pelas partes, seja por terceiros ou seja pela própria sociedade.⁶⁸²

Ainda sobre as decisões-surpresa, quadra salientar que a sua vedação é também verificada em outros ordenamentos, como o francês e o italiano. No direito brasileiro, a decisão por emboscada é completamente refutada pela legislação processual, consoante os arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil. A vedação é aplicada até mesmo naquelas decisões antecipatórias e na imposição de medidas liminares, uma vez que se coloca em primeiro plano o princípio da efetividade, postergando o contraditório para um momento posterior ao da concessão da ordem.⁶⁸³

Deverão as decisões-surpresa cederem lugar às decisões-projeto, cuja fundamentação tanto é elaborada a partir dos argumentos fáticos e jurídicos, enunciados pelas partes e devidamente enfrentados pelo magistrado, quanto pelas questões identificadas pelo julgador, que devem ser objeto de manifestação pelas partes. Esse dever-ser também urge ser aplicado nas fases preparatórias, sem importar um prejulgamento, em conformidade às partes terem condições de maximizar sua argumentação antes do processo ser encaminhado para sentença.⁶⁸⁴

Para ser verdadeiramente efetivado, o contraditório necessita de o magistrado se colocar em diálogo, nos termos da modalidade substancial, debatendo com as partes acerca da condução do processo e das questões fáticas e jurídicas que devem ser levadas em conta na formação da decisão. Também deverá ser abordada a divisão do ônus probatório, o qual deve se adequar à situação de direito material. Logo, a produção probatória poderá ser realizada a partir das características do caso em concreto, o que altera, por completo, o dever de provar as alegações em juízo.

⁶⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 225-227

⁶⁸² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*.** Curitiba: Juruá, 2018. p. 171

⁶⁸³ FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruaga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). *In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre.* (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral.** Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 510-511

⁶⁸⁴ PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Por um processo civil comunicativo e dialógico. *In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre.* (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral.** Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 542-543

A produção probatória é compreendida quanto ao ônus da parte provar o alegado, demonstrando a veracidade do fato ocorrido. Corresponde a uma série de poderes e de faculdades processuais que conferem liberdade ao sujeito processual para realizar o ato probatório em benefício próprio.⁶⁸⁵ Não obstante, a prova é um elemento essencial ao processo, pois, ao ser valorada pelo julgador, o elemento probatório se vinculará à formação de decisões justas e adequadas, que fazem um juízo acerca da verdade. Essa valoração ocorre nos termos da argumentação desempenhada e das premissas fáticas trazidas pelas partes. Assim, a melhor solução para o caso sob análise passa pela comprovação dos fatos alegados pelas partes e, a despeito da resolução da controvérsia não ser um fim em si mesma, deve-se observar a legitimidade da decisão frente às provas valoradas.⁶⁸⁶

O sistema legal introduzido pelo art. 333 do Código de Processo Civil implica, em uma primeira interpretação, ao autor o ônus probatório dos fatos constitutivos que alega e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.⁶⁸⁷ Trata-se da corrente estática ou rígida do ônus probatório e que aplica o critério do interesse, no qual a parte que tem interesse na prova é que deverá se incumbir do ônus de comprovar o fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que é subserviente à causa de pedir.⁶⁸⁸

A segunda abordagem para o ônus probatório é denominada de distribuição dinâmica e é fruto da cooperação processual que impregna a legislação processual. Desse modo, é alterada a responsabilidade pela produção da prova daquele que alega determinado fato para o sujeito processual com maior aptidão para suportar o encargo. Não se considera em qual polo a parte está, mas sim quem tem maior facilidade para produzir a prova necessária à comprovação fática, corrigindo eventuais desequilíbrios entre os sujeitos processuais. Vale dizer que a distribuição dinâmica da prova difere da inversão do ônus probatório na medida em que a primeira é determinada pelo magistrado frente às especificidades processuais de um caso concreto; ao passo que a segunda é fixada pelo legislador em situações específicas, a exemplo daquelas determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 169

⁶⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 20-23

⁶⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 636-638

⁶⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 184

⁶⁸⁹ SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 173-175

Depreende-se a carga dinâmica do ônus probatório como a oportunidade que é conferida, pelo julgador, de solucionar um obstáculo processual referente à comprovação dos fatos trazidos pelas partes ao juízo. De outro orbe, não poderá a parte incumbida do ônus, enquanto detentora de maior capacidade para produção probatória, deixar de ofertar a prova. Caso isso ocorra, haverá violação do dever cooperativo, com o risco, para a parte não-cooperativa, de eventualmente ser condenada por dano processual.

O procedimento a ser adotado encontra guarida no § 2º do art. 373, o qual preconiza que a parte poderá suscitar argumentos para se desvencilhar do ônus probante, que podem ser acatados ou não pelo julgador. Para avaliar a questão, o juízo produzirá uma decisão motivada e que justifique a real necessidade de utilizar a divisão dinâmica, destacando quais os pontos controversos serão objeto da redistribuição. O momento ideal para realizar a distribuição do ônus probatório está no saneamento compartilhado, que pode ou não ser realizado em audiência, tendo como corolário o princípio da não-surpresa.⁶⁹⁰ Isso porque a decisão quanto ao ônus da prova permitirá que as partes definam suas estratégias processuais a serem adotadas na fase probatória. Deixar para a distribuição do ônus da prova para o momento da sentença é o mesmo que aniquilar a cooperação.

Deve ser destacado que a distribuição dinâmica do ônus da prova não significa uma ingerência do magistrado nas faculdades instrutórias das partes e muito menos uma justificativa para criar situações nas quais a parte recebe uma carga tal que finda impossibilitada de comprovar o alegado em juízo – a chamada prova diabólica.⁶⁹¹ Na realidade, a carga dinâmica visa exatamente o oposto ao adequar a produção probatória frente à realidade processual a partir da cooperação junto às partes. Afinal, a justificativa para carga dinâmica do ônus probatório é dividida entre fatores subjetivos e objetivos. Do primeiro, podem ser apresentados como exemplos a hipossuficiência econômica ou a técnica da parte, à medida que do segundo veiculam-se os elementos característicos da causa que ensejam na dificuldade probatória.⁶⁹²

Para efetivação da carga dinâmica do ônus probatório, são necessários três requisitos: a) a parte originalmente encarregada de provar o alegado ainda deverá, após o redirecionamento, esclarecer os fatos controvertidos; b) a prova redirecionada deverá ser possível, de maneira que o alívio na carga probatória não deverá ser aplicado se nenhuma das

⁶⁹⁰ SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 175-176

⁶⁹¹ GAGNO, Luciano Picoli. **O novo processo civil**: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 222-223

⁶⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 184

partes tiver condições de produzir a prova; e c) o juiz não poderá surpreender as partes com a alteração na carga probatória, de modo que se faz necessária a intimação do encarregado em tempo hábil para oportunizar que se desincumba do ato ou ainda produza a prova.⁶⁹³

Quadra salientar que os poderes instrutórios do juiz serão sempre subsidiários aos das partes, devendo o magistrado ordenar a prova sempre que o litigante for omissivo e ocorrer perda de direito. Afora isso, ele ainda precisará, para exercer o aludido poder, basear-se nas provas já produzidas, nas condições de paridade entre as partes, na natureza dos direitos em análise e na eventual ocorrência de confissão.⁶⁹⁴ Trata-se de uma aplicação da cooperação processual através do dever de auxílio desse profissional.

Caso se proceda em sentido contrário, haverá ruptura da cooperação processual e um verdadeiro retorno ao princípio inquisitorial. Admitindo-se a plena autonomia da produção probatória do magistrado, presencia-se o risco de o juízo contaminar sua imparcialidade, dado que ele acabará se comprometendo, através da prova produzida, com uma das partes. É a mesma perspectiva que partir das hipóteses para os fatos em um quadro decisório-paranoico. Em razão disso, pela via cooperativa, há uma mitigação dos poderes instrutórios de ofício, garantindo que o processo seja um instrumento permeado pelas garantias fundamentais e não um mero meio para alcançar a concretização do direito objetivo de uma das partes.⁶⁹⁵

Observando a sistemática trazida pelo Código de Processo Civil, vislumbra-se que a implementação da influência no conteúdo decisório é iniciada através do saneamento compartilhado do processo, na forma do art. 357. Isso possibilita que as partes e o julgador organizem o processo com base no contraditório, na isonomia, na ampla defesa e no devido processo legal, aplicando, em última análise, a cooperação processual.⁶⁹⁶ Por isso, é pertinente afirmar que o saneamento compartilhado maximiza a legitimidade da decisão e o grau de justiça desta a partir do procedimento, visto que as partes irão construir o substrato jurídico-argumentativo que amparará a futura decisão de mérito.⁶⁹⁷

⁶⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 638-639

⁶⁹⁴ ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão prejudicada em matéria de prova. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 105

⁶⁹⁵ RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 125-127

⁶⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 235-236

⁶⁹⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2018. p. 165-166

Isso posto, é no saneamento compartilhado, enquanto etapa preparatória, que são sanados eventuais vícios processuais e removidos obstáculos à análise de mérito, organizando o processo para entrar na fase instrutória mediante a oitiva de toda a comunidade de trabalho. Nesse momento também ocorre a delimitação das matérias fática e jurídica que serão decididas e acontece a divisão dos encargos probatórios, segundo as particularidades da demanda. Para além, trata-se de um procedimento que privilegia a oralidade, tanto que poderá ocorrer por intermédio de audiência, conforme prevê o Código de Processo Civil. Em essência, o saneamento participativo contribui para a cognição processual e permite tanto reduzir a duração do processo quanto aumentar a qualidade das decisões produzidas.⁶⁹⁸

Em essência, o saneamento compartilhado viabiliza uma certa flexibilização procedimental, visto ser facultado às partes definirem caminhos diversos até os limites da legislação e nos termos do caso concreto.⁶⁹⁹ Nisso, há uma dupla função, pois o saneamento, primeiramente, tem um viés retrospectivo, o que implica no cumprimento da cooperação processual, em especial pelo magistrado ao exercer seus deveres cooperativos. Por outro lado, o saneamento também conduz a uma abordagem prospectiva, que conduz para a disseminação de informações sobre como se organizará a fase instrutória, a partir do que foi delimitado junto às partes.⁷⁰⁰

A própria organização do processo durante o saneamento é uma espécie de negócio jurídico processo típico, consoante estar previsto no § 2º do art. 357 do Código de Processo Civil. De igual maneira, também é facultado às partes celebrar negócio jurídico processual atípico, que nasce de um acordo acerca de como serão realizados os atos processuais e demais procedimentos, desde que o processo trate de direitos disponíveis e que admitam autocomposição. A ideia do negócio jurídico é de ajustar o procedimento às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, em conformidade com as regras gerais estipuladas pelo art. 190 do Código de Processo Civil.⁷⁰¹

Por derradeiro, os negócios jurídicos processuais correspondem mais a uma manifestação da cooperação, visto que há uma conexão do modelo cooperativo, consoante

⁶⁹⁸ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 99-106

⁶⁹⁹ RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 102-103

⁷⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 128-131

⁷⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 168-173

expressarem um diálogo que alcança um máximo consensual dentro do processo.⁷⁰² Compulsando o código, verifica-se a intenção de manter uma abertura para a formação de negócios processuais atípicos, cujo controle é feito, exclusivamente, no nível da validade e pelo julgador. Também é visível no rol de negócios típicos a possibilidade de redução de prazos peremptórios, a definição de um calendário processual e a escolha consensual do perito, além da própria audiência de saneamento compartilhado.⁷⁰³

Para ser concretizado, o contraditório, assim como a própria cooperação processual per si, depende de uma postura diferenciada das partes e dos magistrados. Na realização do processo justo é preciso que, de um lado, a parte assuma um exercício de cidadania ativa no campo processual e, de outro, o juiz firme uma postura ativa, leal e aberta ao diálogo. Essas duas posturas representam o ponto de equilíbrio do processo.⁷⁰⁴ Nessa senda, cumpre esclarecer, então, quais são esses deveres de maneira mais específica e sua conexão com a cooperação.

4.3.4 Os deveres de cooperação das partes e dos magistrados

Ao dissecar o aspecto deontológico-comportamental da cooperação em relação à comunidade de trabalho, percebe-se a presença de deveres e de ônus processuais que estão direcionados para todos os sujeitos que a compõem. Antes de ingressar nos deveres e ônus que recaem sobre as partes e sobre os magistrados, é preciso esclarecer o que exatamente são esses dois elementos no âmbito das relações jurídicas processuais.

Enquanto relação jurídica complexa, o processo civil é composto de diversas situações jurídicas, titularizadas pelos sujeitos processuais. Elas, ao serem enfeixadas, formam a dinâmica processual que encontramos no cotidiano. As situações jurídicas têm seu nascedouro na prática dos atos processuais e são consolidadas ao longo do processo. Em termos de conteúdo, as situações jurídicas compreendem, entre outros itens, os direitos, os

⁷⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 350-355

⁷⁰³ BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicos pelo novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1360-1361

⁷⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 133-136

deveres, as competências, as capacidades, as faculdades e os ônus conferidos ou impostos aos sujeitos processuais.⁷⁰⁵

Via de regra, as partes gozam de certa autonomia de ação no âmbito processual, o que corresponde às faculdades processuais. Por vezes, o exercício dessas faculdades pode trazer vantagens para uma parte, desvantagens para outra ou até mesmo um dever para o Poder Judiciário, justificando sua limitação pela legislação e, em certa medida, isso conduz a prática ou aceitação de determinados atos. Nesse eixo estão as figuras do ônus e dos deveres.⁷⁰⁶

O ônus é o imperativo do próprio interesse, ou seja, o seu cumprimento implica um benefício, de modo que não há exigibilidade ou qualquer ilícito no descumprimento. A esse instituto é conferido o papel de impulsionar o processo, pois, uma vez perdido o exercício do ônus, a parte poderá perder a vantagem pretendida e se verá às voltas com uma situação processual desfavorável. De seu turno, os deveres são condutas impostas pelo Estado-juíz, o qual limita o âmbito de ação das partes em nome da melhor administração da justiça e do interesse público. Diferentemente dos ônus, quando os deveres são descumpridos, ocorre a imposição de sanções processuais para o sujeito responsável por não adimplir com o ato comissivo ou omissivo prescrito pela legislação processual.⁷⁰⁷

O princípio da cooperação impõe tanto um ônus quanto um dever de cooperar: o primeiro é o imperativo para que as partes colaborem para o desenvolvimento regular do processo – caso contrário, poderão sofrer prejuízos e piorar sua situação –; já o segundo é cristalizado na obrigação dos sujeitos processuais cooperarem uns com os outros, limitando sua liberdade de ação para evitar qualquer prejuízo à tônica dialógica da cooperação. Ao passo que somente as partes estão sujeitas aos ônus processuais, todos os sujeitos do processo que compõem a comunidade de trabalho – incluindo as próprias partes e o juiz – devem se submeter ao dever de cooperação.⁷⁰⁸

Nesse diapasão, a divisão desta seção se dará, em um primeiro momento, para estudar os quatro principais deveres direcionados ao juiz, os quais estão consagrados no

⁷⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 38-40

⁷⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 166

⁷⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 167-168

⁷⁰⁸ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 152-155

modelo de cooperação alemão⁷⁰⁹ e que são absorvidos pela doutrina nacional. Tratam-se dos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio do magistrado. Depois de abordados os deveres pertinentes ao julgador, serão verificados, em ato contínuo, os deveres cooperativos das partes e até que ponto se, pode fato, exigir qualquer cooperação entre esses sujeitos, consoante o interesse materialmente antagônico que possuem.

4.3.4.1 O dever de esclarecimento

O dever de esclarecimento tem origem na sistemática cooperativa alemã e determina ao magistrado que busque o esclarecimento da parte acerca de determinado requisito processual, oportunizando a regularização em caso de qualquer desvio procedimental antes de determinar a punição correspondente, como a extinção do feito. Verificando-se dúvida sobre o preenchimento dos requisitos de validade, a parte será chamada para esclarecer e, caso ainda reste dúvidas, deverá o magistrado considerar admissível e válido o procedimento adotado. Há uma importância especial nesse dever cooperativo, em virtude de existirem demandas no direito brasileiro que podem ser apresentadas pela própria parte, no exercício da sua capacidade postulatória.⁷¹⁰

O dever de esclarecimento também é estendido quanto às alegações, aos pedidos e às posições assumidas em juízo, evitando que sejam produzidas decisões judiciais sem a devida prestação de informações e a subsequente apuração da verdade. Daí se falar em um dever recíproco entre o tribunal e as partes, já que ambos devem cooperar esclarecendo os questionamentos junto ao outro.⁷¹¹ Na legislação processual, essa concepção influencia o art. 7º, que trata do referido dever, além de alcançar os institutos do depoimento pessoal da parte e da emenda à petição inicial.⁷¹²

Para ser colocado em prática, o dever de esclarecimento requer transparência e pragmatismo de todos os membros da comunidade de trabalho processual. Logo, as condutas e os comandos devem ser claros. Cabe ao julgador apontar a consequência de cada ato

⁷⁰⁹ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 342

⁷¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 305-306

⁷¹¹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 203

⁷¹² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2018. p. 159-161

praticado e informar, objetiva e adequadamente, o vício a ser retificado. Assim, a presença de decisões obscuras, impugnáveis pela oposição de embargos declaratórios, também representa uma violação do dever de esclarecimento.⁷¹³

Em linhas gerais, o dever de esclarecimento envolve reciprocamente todos aqueles que compõem a comunidade processual e está vinculado também ao exercício probatório na busca da decisão justa e adequada. Nesse sentido, o dever de esclarecimento pode ocorrer mediante manifestação oral ou escrita, pela apresentação de documentos em juízo ou prestações de informações em geral. Sua relação com o devido processo legal encontra raízes visto ser um instrumento para efetivar a igualdade de acesso à informação das partes.⁷¹⁴

Desse ponto, é relevante pensar na relação do dever de esclarecimento com a própria cognição eficiente, porquanto esta última representa um direito fundamental das partes em relação à valoração probatória do julgador. A cognição do julgador, garantida pelo dever de esclarecimento, viabiliza a obtenção do resultado útil pretendido com o processo.⁷¹⁵ Por uma análise derradeira, a prestação de informações preconizada pelo dever em tela preza pela adequada argumentação jurídica, consoante ser necessário esclarecer do que trata a circunstância fática e jurídica que está sob exame pelo juízo.

4.3.4.2 O dever de consulta

O dever de consulta tem cariz semelhante ao de esclarecimento e é colocado como o direito que as partes possuem de influenciar o conteúdo da decisão, com a possibilidade de examiná-lo previamente. Trata-se do direito de influenciar o desenvolvimento do processo e o conteúdo decisório, mediante a oportunidade de examinar os fundamentos jurídicos utilizados em juízo.⁷¹⁶ Esse dever encontra previsão na cumulação dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, que prescrevem, respectivamente, a necessidade de oitiva prévia das partes antes da tomada decisão e o impedimento do juiz decidir com fundamento quando não foi dada oportunidade as partes de se manifestarem, mesmo que se trate de matéria apreciável de ofício.

⁷¹³ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 133

⁷¹⁴ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 72-77

⁷¹⁵ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008. p. 159

⁷¹⁶ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil**: leituras complementares. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 205

O dever de consulta se mostra tanto como um dever do magistrado quanto como um direito das partes, o que está alinhado com a efetivação do contraditório substancial e a vedação das decisões por emboscada. Em última análise, o dever de consulta permite instrumentalizar o devido processo legal, visto que haverá uma legitimidade superior à decisão que será proferida. Deve ser ressaltado que a imposição desse dever não implica em qualquer prejulgamento pelo magistrado, que, em realidade, estará cumprindo com o seu papel constitucional de viabilizar o exercício do contraditório.⁷¹⁷

Há um liame entre o dever de consulta, a salvaguarda do contraditório pelo magistrado e o devido processo legal que está disposto pela participação da comunidade de trabalho na formação do julgado. Isso impõe um abandono do adágio *Iuria novit curia* – em tradução livre, “o Tribunal conhece a lei” – em prol do contraditório substancial, pois a constitucionalização do processo não admite mais uma postura solitária. Por isso que é exigido um comportamento idôneo do magistrado e voltado ao debate com as partes. Portanto, é pelo dever de consulta que se concretiza a garantia de influência dentro da sistemática processual policêntrica e cooperativa.⁷¹⁸

Logo, o dever dialógico do juiz com as partes permite ao Tribunal coletar os argumentos capazes de determinar o desfecho do processo e justificar, na fundamentação, o porquê da adoção ou da não adoção de um ou de outro fundamento.⁷¹⁹ Assim, a jurisdição requer o dever de consulta para ser convencida, para convencer as partes e, em última análise, para convencer também a sociedade de que aqueles são os argumentos adequados e que amparam a decisão construída ao longo do processo.⁷²⁰

Por fim, salta aos olhos a relação entre o dever de consulta e a fundamentação da decisão judicial, que, pela sistemática da cooperação, deverá ser construída junto às partes e cuja legitimidade está vinculada ao que foi veiculado no exercício do contraditório. Pela formação da comunidade de trabalho, todos os sujeitos envolvidos participam da construção dos pronunciamentos judiciais⁷²¹, de tal sorte que é a fundamentação que permite verificar se ocorreu o devido cumprimento do dever de consulta. Uma eventual violação a esse dever é

⁷¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 65-66

⁷¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 243-246

⁷¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445-446

⁷²⁰ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 250-252

⁷²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 87-91

passível de punição, mediante decretação de nulidade da decisão, conforme o art. 489 do Código de Processo Civil⁷²².

4.3.4.3 O dever de prevenção

Quando ocorre falha na aplicação da boa técnica processual, seja por problemas de fundamentação ou por obscuridade, caberá ao juiz oportunizar a regularização do vício. Trata-se do dever de prevenção, abrindo oportunidade para que a parte preencha as lacunas na exposição fática, ajuste os pedidos ou até mesmo sua própria atuação frente aos particulares do caso concreto. Dessa maneira, o julgador abrirá espaço para que o problema técnico seja resolvido, oportunizando a continuidade regular do processo, sem incorrer em qualquer parcialidade, pois a prevenção é, por via transversa, um direito das partes.⁷²³

Os julgadores têm a obrigação de informar às partes sobre deficiências argumentativas, oportunizando que o vício seja sanado, nos termos daquilo que delinea o art. 317 do Código de Processo Civil. Assim são afastadas as nulidades processuais em decorrência da apresentação do direito subjetivo da parte, como é previsto no mencionado dispositivo. A prevenção, enquanto dever, implica em um compromisso do magistrado facultar a supressão de defeitos processuais para análise do mérito, aproveitando o máximo do procedimento caso o vício não gere prejuízos diretos.⁷²⁴

É possível associar a estrutura do dever de prevenção com a consagração da primazia do julgamento de mérito do Código de Processo Civil, que, enquanto regra interpretativa contida no art. 4º, exige a participação do magistrado, guiando o processo para um formalismo democrático. A primazia do julgamento de mérito orienta que as cortes, antes de inadmitirem o recurso por vícios ou documentações insuficientes, viabilize a correção do defeito, o que é oportunizado no prazo de cinco dias. Também se verifica a aplicação da regra quando acontece a desconsideração de vícios formais que não sejam grosseiros e quando o Tribunal é impedido de julgar extemporâneo ou intempestivo recurso apresentado antes do tempo. Na prática, a regra da primazia do julgamento de mérito procura coibir a

⁷²² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 314

⁷²³ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil**: leituras complementares. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 202-205

⁷²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 303

jurisprudência defensiva que gera óbices para a apreciação recursal pelos tribunais, a fim de diminuir a sua carga de trabalho.⁷²⁵

4.3.4.4 O dever de auxílio

Por derradeiro, resta, entre os deveres do magistrado, abordar o dever de auxílio, cujo cerne está voltado para a supressão de obstáculos que surjam na prática dos atos processuais, mediante alegação justificada da parte no cumprimento de um ônus ou dever processual. Frente a esse cenário, deverá o juiz remover o referido obstáculo para prover continuidade à marcha processual.⁷²⁶ Com efeito, o dever de auxílio serve também para garantir a paridade de armas e a própria igualdade no âmbito do processo. Logo, está envolvido diretamente com o exercício do contraditório, até porque cabe ao tribunal zelar por este último.⁷²⁷

Ao ser associado com a produção probatória, o dever de auxílio impede que sejam tomadas decisões desfavoráveis para aquela parte que não obteve espontaneamente documento ou informação relevante para o processo. Portando, a parte poderá requerer, de maneira fundamentada, que o juiz remova esse obstáculo, com o fito de determinar a exibição do documento em juízo, alterar o local de realização dos atos processuais, dilatar prazo concedido e realizar qualquer outra flexibilização procedimental que se faça necessária frente ao caso concreto. Não obstante, há aqui um liame com a própria carga dinâmica do ônus da prova, já que permite, mediante a oitiva da parte a ser incumbida, que a prova seja produzida por quem tem mais condições de fazê-lo.⁷²⁸

4.3.4.5 Os deveres de cooperação entre as partes e seus limites

No campo dos deveres cooperativos, as partes devem cumprir o já mencionado dever de esclarecimento uma em relação à outra, formando uma teia de informações recíprocas. Esse dever é manifestado na participação ativa, contribuindo para a instrução probatória no

⁷²⁵ NUNES, Dierle José Coelho; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 102-129

⁷²⁶ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 210

⁷²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 356-357

⁷²⁸ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação**. Curitiba: CRV, 2017. p. 157-161

esclarecer de todas as questões e de todos os fatos relevantes para a causa. Inclusive, o próprio dever de esclarecimento deriva do dever de veracidade, que, de seu turno, é uma decorrência do princípio da boa-fé. A aplicação conjunta dos deveres, do esclarecimento e da verdade impõe à parte a obrigação de colaborar com a instrução e a cognição do juízo.⁷²⁹

Pelo dever subjetivo da veracidade, caberá as partes, seus advogados e os terceiros que forem participar da relação processual dizerem, obrigatoriamente, a verdade em juízo, consoante o interesse público do processo. Contudo, isso não implica afirmar que as partes deverão entregar ao adversário sua estratégia processual: elas devem restringir suas alegações àquilo que consideram e que poderá ser efetivamente verdade. Aplica-se o preceito da verdade tanto às condutas comissivas quanto as omissivas, não sendo admitida qualquer alteração na verdade dos fatos e demais práticas que incorram na litigância de má-fé.⁷³⁰

O limite da cooperação pelas partes é assinalado pelo princípio da não incriminação, dado que a parte não pode ser obrigada a produzir provas contra si mesma, nos termos do próprio Código de Processo Civil. Todavia, pode-se falar em um limite do limite, pois também não se pode obstar a própria instrução do processo. Nesse sentido, cada caso deverá ser articulado dentro de suas próprias particularidades, inclusive com a imposição de sanções que não violem o direito a não incriminação, mas também coíbam a total inércia da parte. É o que acontece, por exemplo, com as presunções impostas à parte que se recusa a produção probatória.⁷³¹

Por linhas gerais, o que pode ser exigido da parte é que coopere nos limites impostos pela boa-fé processual e pelos próprios deveres acima mencionados. Não se pode esquecer que as partes possuem interesses antagônicos no processo porque há uma questão litigiosa sendo discutida. Logo, trabalhar com a cooperação processual não significa acreditar que as partes abrirão mão dos seus interesses em nome de um ideal valorativo de justiça ou de eventual pacificação social. O que se compreende aqui é estabelecer até onde uma parte pode agir sem prejudicar a outra e o próprio processo, delimitando, assim, qual a margem de liberdade no âmbito processual.

Se forem tomadas, no âmbito processual, a teoria dos atos próprios e a tutela da confiança, serão vedadas todas as condutas das partes que ensejem um comportamento contraditório e quebrem a confiança da comunidade de trabalho. Evitam-se, principalmente, o

⁷²⁹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 71-73

⁷³⁰ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 66-68

⁷³¹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141-147

recurso a estratégias que possam atrasar o curso do procedimento ou que ensejem em *venire contra factum proprio* – conduta contraditória. Afinal, o processo civil abre espaço para a prática de atos estratégicos e não cooperativos, de modo que eventuais armadilhas procedimentais precisam ser desarmadas, razão pela qual, inclusive, existe a sistemática das preclusões.⁷³²

As técnicas de combate aos comportamentos contraditórios mostram até onde a parte deve cooperar, pois estão excluídas, das condutas admissíveis, aquelas que possam levar à

paralisação do exercício de direito subjetivo em formas atípicas (aproximativas da preclusão ou decadência) que podem levar à “supressão e à ressurreição de direitos (*suppressio* e *surrectio*)”; e ainda, “na coibição dos casos de contrariedade de condutas agrupadas sob a rubrica *tu quoque*.”⁷³³

A diferença entre as condutas vedadas são as seguintes: no caso do *tu quoque* a parte utiliza de situação abusiva para exercer um direito que não teria outra como em outras condições. Já o *suppressio* e o *surrectio* dependem de uma inércia da parte de não-cooperativa, seja para, na primeira hipótese, prejudicar o exercício de um direito até então legítimo pelo decurso temporal ou, na segunda hipótese, formar uma nova situação jurídica. O *suppressio* parte do encobrimento das pretensões da parte, ocultando, estrategicamente, o não exercício do direito para gerar uma expectativa na outra parte. De seu turno, a *surrectio* faz nascer um novo direito, decorrente do abuso de confiança, a partir do agir estratégico praticado.⁷³⁴

4.3.5 As sanções disciplinares às condutas processuais e a efetividade cooperativa

Para reforçar a dinâmica cooperativa, garantir que o princípio da cooperação seja fielmente cumprido e trazer a cabo o estado de coisas pretendido pelo legislador, o Código de Processo Civil traça uma série de sanções que podem ser aplicadas em caso de desrespeito aos deveres e ônus cooperativos. Há imposição de sanções tanto para a parte ou o terceiro quanto para o julgador, a depender de quem for o responsável pela violação no caso concreto. Neste tópico serão abordadas as punições que podem ser aplicadas em face de cada um dos grupos acima.

⁷³² THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 136-138

⁷³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 140

⁷³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 140-141

A parte ou o terceiro poderão ser condenados a pagar multa por litigância de má-fé – e reparar eventuais danos, sofrer medidas coercitivas, ter o processo extinto sem resolução de mérito e ainda ver a ocorrência de antecipação da tutela ou de presunção probatória em favor da parte contrária.⁷³⁵ Para os julgadores, a sanção envolverá a declaração de nulidade da decisão proferida. Ademais, a inobservância dos deveres cooperativos do juízo ainda poderá servir como fundamento autônomo de impugnação e ensejar a propositura de uma ação rescisória.⁷³⁶ Cada uma dessas sanções será analisada abaixo.

A litigância de má-fé consiste em ato ilícito processual do tipo indenizativo, que faz surgir o dever de indenizar a parte prejudicada.⁷³⁷ De acordo com os arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, a litigância de má-fé é caracterizada quando a parte comete uma ação que objetiva: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidente manifestamente infundado; e g) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Nessas situações, de ofício ou mediante requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé ao pagamento de multa de valor entre um por cento a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas efetuadas.

Por sua vez, a extinção sem resolução de mérito é uma punição aplicada em face do autor da demanda por invalidade procedimental, com previsão no art. 485 do Código de Processo Civil. Isso quer dizer que o processo será encerrado sem que o magistrado aprecie o mérito da demanda, ou, em outras palavras, se o pedido do autor é procedente ou improcedente. Entre as situações em que pode ser aplicada a penalidade, destaca-se as seguintes que estão vinculadas com a cooperação: a) o processo ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes; b) o autor não promover os atos e as diligências que lhe incumbem, abandonando a causa por mais de trinta dias; e c) a verificação da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. A demanda

⁷³⁵ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 155

⁷³⁶ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação**. Curitiba: CRV, 2017. p. 205

⁷³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 466

só poderá ser proposta novamente quando for comprovada a correção do vício que originou a extinção, além da prova do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Quando ocorrer o abuso do direito de defesa e for manifestado o propósito protelatório da parte, impedindo o regular desenvolvimento do processo, o juiz estará autorizado, consoante o art. 311 do Código de Processo Civil, a conceder tutela de evidência, permitindo antecipar os efeitos da sentença. O abuso de direito de defesa ocorre no âmbito dos autos, com excessos presentes nas manifestações processuais, ao passo que o caráter protelatório ocorre fora dos autos. A referida tutela tem natureza provisória, punitiva e está calcada na evidência ou probabilidade do direito alegado, o que é pressuposto em cognição sumária pelos reiterados abusos praticados no processo.⁷³⁸

Mediante a valoração da conduta processual, o juiz extrai provas pelas respostas, pelas atitudes e pelas recusas injustificadas da parte. Por essa prerrogativa, o julgador pode obter indícios probatórios com base nos comportamentos comissivos e omissivos das partes, valendo-se de inferências racionais. Essa sanção é aplicada, via de regra, quando há recusa injustificada da parte de produzir determinada prova que lhe foi incumbida, como a negativa de exhibir um documento, da recusa a depor ou até mesmo da própria revelia.⁷³⁹

Quanto ao julgador, a decisão poderá ter decretada sua nulidade com esteio no art. 489 do Código de Processo Civil, de modo que a fundamentação da decisão permite verificar se os deveres cooperativos foram levados à sério pelo juízo. Isso ocorre porque, mesmo sendo um ato privativo do juízo e que este goze de relativa liberdade para invocar fundamentos não anunciados pelas partes, o magistrado tem o dever de intimar as partes para se manifestar sobre a matéria a ser decidida, obedecendo ao dever de consulta. Afinal, é pela via dos argumentos empregados pelo magistrado que o próprio contraditório substancial é manifestado, pois os fundamentos da decisão permitem mensurar o quanto cada alegação e prova foram valorados.⁷⁴⁰

A própria fundamentação da decisão, aliás, é direito fundamental do cidadão, com conexão direta com o devido processo legal.⁷⁴¹ Enquanto ato processual absolutamente nulo,

⁷³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 634-635

⁷³⁹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 162-164

⁷⁴⁰ FONSECA, Carlos Medeiros da; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O contraditório substancial e o termo “fundamento” contido no art. 10 do CPC/2015. In: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 205-207

⁷⁴¹ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação do precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 156-158

pela ausência de preenchimento dos seus requisitos, a decisão carente de fundamentação não poderá produzir quaisquer efeitos concretos. Essa nulidade pode ocorrer pela decisão não enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, seja por empregar fundamentação diversa daquela ventilada no curso do processo.⁷⁴² De outro conspecto, pelo prisma constitucional, a fundamentação das decisões judiciais é encarada como um direito fundamental do jurisdicionado, cujo âmbito de proteção reside em orientar as condutas sociais e justificar a decisão judicial frente ao contraditório exercido pelas partes processuais.⁷⁴³

Assim, a necessidade de fundamentação é um dever estatal que decorre do devido processo legal, o que compõe um ônus argumentativo que forma o modo de ser do poder judiciário. A legitimidade do julgado fica condicionada ao controle que pode ser exercido pela exposição de fundamentos construídos de forma participativa, visto que se mitiga a ocorrência de arbitrariedades. É através da fundamentação que é afastada qualquer discricionariedade, construindo a resposta adequada através do diálogo entre partes e julgador, consagrando, como dito alhures, o contraditório.⁷⁴⁴

A própria racionalidade da decisão decorre do binômio arbitrariedade-justificação, tendo como parâmetro o ordenamento jurídico e possibilitando a recongnição analítica do caso, com o reconhecimento justificado de todas as operações realizadas pelos intérpretes. Para fundamentar adequadamente, o magistrado precisa individualizar as normas aplicáveis pelo panorama indicado pelas partes, identificar as alegações de fato, consoante o que foi apresentado em juízo, e qualificar o suporte fático juridicamente. Nisso, trará as consequências da qualificação aplicada, fará o contexto do nexa entre implicação e coerência e, por fim, fará a justificação dos enunciados a partir dos critérios identificados ao longo do processo, confrontando-os com o que fora exposto pelas partes.⁷⁴⁵

Ademais, o cuidado com o dever de cooperação e a fundamentação da decisão é que permite operacionalizar o emprego de precedentes judiciais e eventuais técnicas de superação. Com efeito, a questão dos precedentes está situada na indeterminação da atividade interpretativa, de modo que a legitimidade e a própria racionalidade da decisão dependerão do

⁷⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 471-472

⁷⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 811-812

⁷⁴⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411-418

⁷⁴⁵ KOCHER, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 481-484

respeito à cooperação processual, a qual pode ser medida pela fundamentação empregada. E toda essa estrutura encontra base na cooperação, uma vez que a interpretação é construída na comunidade de trabalho, já que as partes são as primeiras a sinalizar as especificidades que justificam a superação ou a distinção dos precedentes frente ao caso em concreto.⁷⁴⁶

Sintetizando: é pela violação do princípio da cooperação que a decisão poderá ser objeto de ação rescisória, servindo o descumprimento dos deveres cooperativos do magistrado como fundamento autônomo de impugnação, pois configura uma nulidade absoluta. O fundamento está no art. 966 do Código de Processo Civil, pois se trata de violação a uma norma jurídica, podendo a decisão ser fulminada, mesmo tendo transitado em julgado, em face do comportamento antiooperativo do juízo. Por usar a expressão “violação de normas”, o legislador deixou uma textura suficiente aberta para abarcar regras, princípios e normas materiais, processuais, constitucionais e infraconstitucionais, nacionais ou estrangeiras.⁷⁴⁷

4.4 OS REQUISITOS PROCEDIMENTAIS DO PROCESSO E SEU POSSÍVEL CUMPRIMENTO PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A partir da teoria de Habermas, foi possível identificar que o processo civil necessita cumprir alguns requisitos, para possibilitar a construção de decisões cuja legitimidade esteja baseada no procedimento de elaboração e que sejam compatíveis com o direito vigente, com ampla participação dos destinatários. Os requisitos processuais envolvem a presença de um caráter dialógico e de um procedimento regulamentado pelo direito para proporcionar as condições discursivas minimamente necessárias à produção de decisões corretas e coerentes. Ainda que a ausência de estudos na Universidade de Frankfurt, sobre cooperação processual e a Teoria Crítica, sinalize para uma incompatibilidade, desinteresse ou até discordância de Habermas quanto à temática, a inserção da cooperação processual no direito brasileiro cumpre os dois requisitos trazidos por Habermas no quinto capítulo da obra *Facticidade e Validade*. A cooperação processual comporta características dialógicas e tem sua raiz constitucional no devido processo legal.

Conforme explicado ao longo desse capítulo, a condução do processo civil se dá a partir da cooperação processual, com suporte do contraditório substancial e do dever de fundamentação das decisões. De outro lado, os deveres cooperativos ensejam um padrão de

⁷⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 605-607

⁷⁴⁷ MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 216-218

comportamento orientado à argumentação, já que visam evitar que os atores processuais fujam do plano de ação esperado. Contudo, isto não quer dizer que não seja possível agir estrategicamente no âmbito processual, mas sim que existe um compromisso mínimo com o processo para a construção participativa da decisão, detendo, cada um dos sujeitos processuais, sua autonomia e liberdade, no âmbito da comunidade de trabalho processual.

Enquanto princípio constitucional, o devido processo legal, traz, em seu conteúdo, o direito fundamental a um procedimento legítimo, seja ele legal, jurisdicional ou administrativo, no qual os interesses dos envolvidos em determinada questão sejam objeto de apreciação estatal. Esse referido princípio é instrumentalizado, nos planos infraconstitucional e processual, pela cooperação processual, o que implica, além do explicado acima, em uma postura dialógica do juiz-estado. Desta feita, a cooperação processual está associada ao contraditório substancial, dado que não basta ter a oportunidade simplesmente de peticionar ao juízo, é necessário que o julgador enfrente os argumentos deduzidos pelas partes, evitando decisões surpresa. Ademais, a própria fundamentação da sentença é vinculada aos argumentos trazidos pelas partes, o que demonstra uma preocupação com a legitimidade do julgado e permite deslocar o processo civil para um eixo procedimental, pois haverá, naquele processo, a vitória do melhor argumento dentre todos aqueles apresentados.

Os padrões de comportamento esperados, pelo Código de Processo Civil, em relação à comunidade de trabalho, preconizam um possível estímulo ao agir comunicativo das partes, sendo vedados comportamentos que coloquem em risco o andamento do processo ou gerem prejuízos a parte oposta. A ideia de boa-fé objetiva, consoante aqui discutida, se aproxima de um estímulo ao agir comunicativo, com espaços de tolerância para ações estratégicas, ante a presença de interesses colidentes entre si. Nesse mesmo sentido, a litigância de má-fé e os comportamentos contraditórios têm um desenho próximo ao do agir estratégico extremo, sendo necessário, para sua configuração, que hajam expressos prejuízos à parte adversa ou ao andamento processual. Tais padrões de comportamento, bem como a própria postura cooperativa do magistrado, poderão ser objeto de análise a partir da decisão de mérito, sendo possível pleitear sua nulidade caso o juízo atue, de alguma forma, estrategicamente.

De outro giro, a presença do saneamento compartilhado e dos negócios jurídicos processuais podem ensejar a formação de um consenso sobre o próprio procedimento processual, bem como sobre as matérias fática e jurídica a serem julgadas. Esses elementos são ajustados de acordo com o que for deliberado pela comunidade de trabalho. Há aqui um interesse dialógico comum, ou um potencial agir comunicativo em torno da matéria a ser analisada pelo juízo. Desta forma, a cooperação processual amplia a perspectiva dialógica e

procedimental do processo, consoante haver uma concepção, ainda que mínima, de agir comunicativo na comunidade de trabalho processual, pois o próprio conteúdo julgamento e o andamento do processo podem ser objeto de consenso, a despeito dos interesses díspares das partes.

Se feita uma sistematização, considerando os conceitos desenvolvidos ao longo do presente capítulo e do capítulo anterior, é possível identificar, aproximadamente, quais são os institutos do Direito Constitucional e do Código de Processo Civil que viabilizam o cumprimento dos requisitos procedimentais assinalados por Habermas. O devido processo legal, a cooperação processual e o dever de fundamentação são institutos que tanto institutos que tanto asseguram o procedimento argumentativo quanto regulado, ao balizar a condução processual, a atuação das partes e criar o espaço argumentativo para desenvolvimento do discurso jurídico. Ainda, corroboram com a regulação dos atos processuais os institutos do juízo imparcial, os deveres cooperativos do magistrado, a boa-fé objetiva e o combate à litigância de má-fé. Por fim, o contraditório substancial, o saneamento compartilhado e a carga dinâmica do ônus da prova são institutos voltados ao procedimento argumentativo, de modo que viabilizam o intercâmbio argumentativo entre a comunidade de trabalho processual.

A consequência direta, com a cooperação processual sendo levada a cabo, é um processo civil democrático, alinhado com as expectativas constitucionais e com o poder de, junto a outros dispositivos de participação popular no processo, construir um novo formato para a jurisdição brasileira. Dito isso, se cumprido procedimentalmente, o Código de Processo Civil tem o potencial para permitir a formação de decisões judiciais corretas, enquanto racionalmente aceitáveis e coerentes, por guardarem vínculo com o direito vigente, consoante a presença da sistemática de precedentes judiciais.

É por esse motivo que a defesa da cooperação processual no viés procedimental justifica o cumprimento, pelo processo civil brasileiro, dos requisitos ventilados por Habermas para os discursos jurídicos. Na sistemática cooperativa tem-se a abertura para um procedimento argumentativo, cujo teor da decisão irá decorrer, permitindo alcançar, como dito acima, a decisão correta. De outro lado, o processo civil brasileiro elenca balizas, a partir da legislação processual, para ordenar a prática do discurso jurídico, sem, contudo, afetar o seu conteúdo, o que enseja a projeção da decisão produzida para satisfazer o primado da coerência. Em outros dizeres, o processo civil estabelece as regras procedimentais, em um sentido habermasiano, para o desenvolvimento do discurso jurídico em um espaço no qual a lógica argumentativa e a necessidade de regulamentação são mediados.

Dito isto, pretende-se, nas próximas páginas, ampliar a discussão em torno da conexão entre o processo civil e os pressupostos decisórios de Habermas, para aprofundar o que foi debatido até então. Assim, será possível dar um passo além e promover a reconstrução da cooperação processual, a partir da metódica própria da teoria do agir comunicativo. Cumpre assinalar que a análise será feita considerando a potencial interface existente entre a teoria do agir comunicativo com o direito brasileiro, em uma perspectiva contrafática, tomando com base os estudos já existentes, desenvolvidos pela Escola Mineira de Processo, sobre a temática.

5 A RECONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL PELO AGIR COMUNICATIVO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

5.1 PONTUAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

Até o presente momento, esta investigação se ocupou com a compreensão da teoria discursiva de Jürgen Habermas e de uma análise dogmática da cooperação processual. A intenção, bastante clara, reside em entender cada um desses elementos para então estudar como é possível promover sua correlação. Deste ponto em diante, a tese seguirá para debater como o paradigma processual brasileiro pode ser reconstruído pela teoria da decisão procedimental de Habermas podem dialogar entre si, com vistas a identificar até que ponto se aproximam e quais são os distanciamentos.

O objetivo será reconstruir o conceito de cooperação processual como empregada no direito brasileiro a partir da teoria do agir comunicativo e seus afluentes jurídicos. É necessário destacar que a reconstrução desta seção, ainda que se aproxime da abordagem metodológica habermasiana, com a mesma não se confunde. O ponto de identidade está na busca de um viés emancipatório, com recurso a evidências empíricas na sistemática processual e sua possível correlação com as competências linguísticas dos sujeitos processuais. Dito isso, a pesquisa não trata, necessariamente, da suposta e impossível imposição do agir comunicativo às partes no âmbito processual.

De acordo com o que foi discutido no item 2.3.1 do capítulo 2, o método reconstrutivo dá a tônica epistemológica para a abordagem de Habermas, o qual é baseado em nas criações conscientes do sujeito desde o início. A metódica reconstrutiva tenta entender sistemas ocultos de regras que podem ser seguidas por qualquer sujeito com as competências necessárias para tanto. Assim, a reconstrução consegue explicar o conhecimento intuitivo adquirido sem envolver, necessariamente, consequências práticas.⁷⁴⁸

A intenção do recurso à reconstrução é a seguinte:

Se a reconstrução expõe o conjunto implícito de conhecimento baseado nas competências linguísticas e cognitivas, que são conhecidas e utilizadas nas atividades usuais de sujeitos agentes que não refletem sistematicamente sobre isso, então ela deve ser acessada por meio de métodos específicos, que diferem do senso comum. Porque esse conhecimento implícito dos sujeitos agentes não lhes é diretamente acessível, a sua exposição deve ser realizada por um tipo específico de investigação. O processo de reconstrução depende de um ponto de vista teórico afastado do âmbito prático das atividades ordinárias. Esse procedimento

⁷⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Knowledge & human interests**. Trad. Jeremy J. Shapiro. Cambridge: Polity, 1987. p. 305-306

reconstrutivo torna-se possível apenas na medida em que conseguimos refletir sistematicamente sobre as regras tácitas e o conhecimento implícito a que nos referimos em nossas práticas cotidianas.⁷⁴⁹

Considerando a necessária relação entre os saberes implícitos e explícitos na reconstrução, a metódica reconstrutiva aplicada nesta seção tomará como subentendidos os conhecimentos discutidos ao longo desta pesquisa. Neles estão incluídos, em especial, os estudos prévios sobre a própria abordagem filosófica e dogmática do processo civil, como descritos no quarto capítulo e a própria teoria de Habermas que se mostra suficientemente discutida e comentada academicamente, e que é retratada nos segundo e terceiro capítulos. O elemento implícito que será trabalhado é ponto de contato entre a cooperação processual e o viés procedimentalista de Habermas, a partir do elemento linguístico e suas possíveis consequências. Esse encontro se dá pelo direito processual civil brasileiro cumprir os requisitos trazidos por Habermas para a produção decisória procedimental.

A partir da obra de Habermas, ideias iluministas e kantianas ganham projeção institucional – ao serem inseridas na matriz procedimental do direito – e estão socialmente difusas, o que permite empregar conceitos de transparência e publicidade e faz eclodir uma necessidade por justificação.⁷⁵⁰ Logo, o emprego da metódica reconstrutiva, como realizado nesta pesquisa, implica em uma pressão despertada por um processo de desimpedimento comunicativo. Com efeito, o Código de Processo Civil é uma potência para a cooperação processual, de tal maneira que deve ser considerada como uma hipótese contrafática que contempla potenciais emancipatórios, os quais podem residir na análise de como a decisão judicial pode e deve ser tanto criada quanto criticada por uma cidadania ativa e vigilante.

Considerando que a descoberta de potenciais de emancipação envolve um diagnóstico do presente, apreendendo o objeto de estudo como um fato efetivo da própria realidade social⁷⁵¹, é crível assumir que a existência de potências emancipatórias na própria argumentação jurídica, desenvolvida sob o prisma de uma cooperação processual, se coaduna com o próprio conceito de emancipação empregado por Habermas, o qual significa uma

comunicação livre de coerções externas e internas aos participantes, tanto no plano interpessoal como no intrapsíquico. Além disso, o sentido da emancipação se reveste da capacidade efetiva dessa discussão isenta de coerções de poder se impor alguma forma de realidade factual das sociedades do chamado capitalismo tardio.

⁷⁴⁹ VOIROL, Oliver. Teoria Crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 93, p. 81-99, jul. 2012. p. 92

⁷⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 146-152

⁷⁵¹ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 20

Dessa maneira, a própria ideia de formação livre de consenso se torna potencial de emancipação⁷⁵²

Portanto, será utilizado o método reconstrutivo vertical e horizontal para desenvolver uma pesquisa contrafática, de modo que serão oferecidas ferramentas para melhor compreensão da cooperação processual, ainda que eventuais análises empíricas mostrem que é difícil verificar a aplicação do referido instituto, até pelo tempo de vigência do Código de Processo Civil ser relativamente recente. Será assumida a perspectiva de um participante em terceira pessoa, para analisar a interação e o diálogo entre os conhecimentos implícitos e explícitos sobre algo no mundo e será transformado em uma teoria, conforme prescreve a estrutura do método reconstrutivo.⁷⁵³

Ainda que não existam produções em Frankfurt sobre cooperação processual e teoria do agir comunicativo, cumpre salientar que parte desta empreitada será desenvolvida dentro de uma lacuna deixada por Habermas no quinto capítulo da obra *Facticidade e Validade*. O teórico alemão não aprofundou os estudos no campo da filosofia do direito, direcionando seus esforços para uma análise das dinâmicas políticas vigentes na Europa.⁷⁵⁴ Por outro lado, a obra mencionada também deixa uma série de espaços que não são explorados por Habermas quanto à teoria da decisão, resumindo, em grande parte, a uma releitura procedimental da racionalidade da jurisdição a partir de Ronald Dworkin.⁷⁵⁵ Tanto a insuficiência dos métodos clássicos quanto a própria questão dos paradigmas do direito não são suficientemente exploradas por Habermas ao tratar da jurisdição.⁷⁵⁶ Nesse contexto, serão trabalhados somente com os requisitos que Habermas assinala à decisão judicial e ao processo civil.

Em síntese ao que foi desenvolvido no item 2.3 desta tese, Habermas emprega uma abordagem procedimental tomando como base a teoria de Dworkin, logo, o processo é enxergado a partir do princípio do discurso, permitindo superar o caráter monológico do juiz Hércules como forma de garantir tanto a segurança jurídica quanto a correção do direito. Isto impõe, a partir dos postulados habermasianos, uma sistemática deliberativa, que gera, em

⁷⁵² REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação: método e política** em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 28

⁷⁵³ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação: método e política** em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 60

⁷⁵⁴ MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Habermas: a biography**. Cambridge: Polity, 2016. n.p.

⁷⁵⁵ COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In: Anais do 9º Colóquio Habermas*, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 338-339

⁷⁵⁶ BAXTER, Hugh. **Habermas: the discourse theory of law and democracy**. California: Stanford University, 2011. p. 108-112

termos ideais, a decisão judicial como um construto procedimental que consagra a vitória do melhor argumento e que conta com a participação de todos os envolvidos na demanda.⁷⁵⁷

Todo o construto habermasiano implica no deslocamento da dicotomia entre facticidade e validade do direito para o campo da decisão judicial. Isto resulta numa tensão, no nível da decisão, entre legitimidade e positividade e, no nível do processo, entre a argumentação e a regulação. Assim, a decisão precisará ser correta para o caso concreto, apresentar consistência frente ao direito vigente e conter a argumentação necessária para lhe dar legitimidade, até os limites impostos através da regulamentação discursiva contida nas regras processuais.⁷⁵⁸ Em síntese: “O processo judicial deve ser discursivo o bastante para sustentar a pretensão de chegar à solução correta, mas deve ser suficientemente regulamentado para honrar a pretensão de ser processo legal.”⁷⁵⁹

A descrição desses requisitos é a seguinte:

Por “corretas” (o polo da validade) quer dizer racionalmente aceitáveis, enquanto por “consistentes” (o polo da facticidade) quer dizer compatíveis com o direito vigente e com as características do caso concreto. Dependendo de se o direito existente é mais ou menos racionalmente aceitável e de se o caso sob exame difere mais ou menos dos que tinham sido considerados até então, a decisão mais correta e a mais consistente para o caso podem contrastar consideravelmente. [...] Já no nível do processo (a que Habermas se refere como pragmático), isto é, do processo judicial em si mesmo, o procedimento deve ser ao mesmo tempo argumentativo e regulamentado, isto é, deve contemplar na maior medida possível as demandas exigentes do processo argumentativo (nível da validade) e a formalidade da regulamentação institucional prevista para o tipo de processo em questão (nível da facticidade).⁷⁶⁰

Com efeito, ainda que esteja entrelaçado com a argumentação jurídica, Habermas salienta que o direito processual não pode interferir na lógica interna do discurso jurídico, pois sua função é a de regular “a argumentação normativa-jurídica enquanto tal, limitando-se a assegurar, em seus aspectos temporal, social e objetivo, o quadro institucional para dinâmicas comunicativas liberadas”⁷⁶¹. O objetivo último da sistemática processual, sob a ótica habermasiana, não se restringe à aplicação de decisões corretas, consistentes e legítimas sob o

⁷⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 264-306

⁷⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

⁷⁵⁹ COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In: Anais do 9º Colóquio Habermas*, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 343-344

⁷⁶⁰ COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In: Anais do 9º Colóquio Habermas*, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 343

⁷⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

escopo do devido processo legal, pois se trata de um instrumento para desenvolvimento do próprio direito.⁷⁶²

De outro lado, as relações discursivas que requerem um consenso mínimo quanto à vontade dos participantes, cujos interesses colidem frontalmente, demandam a institucionalização do discurso, que é exatamente o que ocorre com os discursos jurídicos. Pela institucionalização, são impostas as regras procedimentais, a partir das quais o discurso poderá ser desenvolvido nos termos do agir comunicativo⁷⁶³ e aqui é reforçado o papel do direito como médium dos dissensos que não são absorvidos pela ação comunicativa dentro de um nível moral. A institucionalização discursiva também é característica da reconstrução procedimental do sistema de direitos, e esta, por sua vez, preconiza que o discurso institucionalizado se dê com igual oportunidades de manifestação, sob a égide do princípio da democracia. Internamente, a argumentação do discurso institucional é realizada a partir do princípio do discurso em sua face moral.⁷⁶⁴

Desta maneira, o processo judicial de Habermas pode ser enquadrado como uma modalidade de discurso institucionalizado, a partir da qual os interesses colidentes dos litigantes são apaziguados, por meio do próprio ordenamento jurídico, tomando como esteio uma série de princípios constitucionais. Procedimentalmente, o processo judicial tem o potencial para, idealmente e a partir das regras institucionalizadas, se comportar de maneira muito próxima à situação ideal de fala. Afinal, as regras procedimentais geram um grau zero de equidade argumentativa entre os participantes.

Logo, a construção que se pretende fazer nesta tese não terá, necessariamente, o condão de ser comprovada empiricamente, ainda que isso venha a ser possível, pois se trata, como já exposto, de uma pesquisa contrafática. A pretensão, conforme fartamente explicado acima, é de apontar um norte teórico para uma reconstrução do processo civil brasileiro a partir da teoria procedimental de Habermas, com o objetivo de verificar potenciais emancipatórios, no emprego da cooperação processual, como sucedâneo para construção e crítica cidadã de decisões judiciais corretas e consistentes.

Por fim, essa investigação se diferencia daquelas desenvolvidas pela Escola Mineira de Processo por empregar o método reconstutivo de Habermas no afã de encontrar potenciais emancipatórios na própria cooperação processual, considerando o ponto de encontro entre

⁷⁶² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 305-306

⁷⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Justification and application**: remarks on discourse ethics. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: MIT, 1993. p. 15-17

⁷⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 159

discurso jurídico e direito processual. Destacam-se, a título de referência, os trabalhos desenvolvidos por notadamente os trabalhos de Rosemiro Pereira Leal, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Flaviane de Magalhães Barros, Alexandre Melo Franco Gustavo Bahia, Dierle José Coelho Nunes e Flávio Barbosa Quinaud Pedron.

Diferentemente das pesquisas realizadas em Minas Gerais, não serão produzidas aproximações diretas entre filosofia do direito e direito constitucional, para então ingressar no processo civil, como outrora realizado pelos juristas mencionados. Na realidade, a presente tese parte dos estudos já desenvolvidos por aquela escola, focando, de forma mais específica, nos potenciais emancipatórios da cooperação processual. As distinções entre as pesquisas desses juristas e aquela desenvolvida ao longo deste estudo serão objeto de análise específica, porquanto envolvem o estado da arte no diálogo entre Habermas e o processo civil.

De outro giro, esse trabalho também se diferencia, em dois pontos, da pesquisa desenvolvida por Ricardo Tinoco de Góes⁷⁶⁵, consoante ficar restrito à utilização de Habermas, sem a pretensão de ir para além do teórico frankfurtiano e de promover a especulação filosófica dialogada com o direito processual civil. A diferença, em relação ao trabalho do mestre potiguar está em manter Habermas como a principal referência teórica, sem buscar juristas secundários. Outrossim, nesta tese, a metódica reconstrutiva é aplicada no processo civil brasileiro e não no próprio pensamento habermasiano.

O presente capítulo será desenvolvido com o recurso à reconstrução permite repensar a própria cooperação processual dentro de um paradigma procedimental, alinhado com a dimensão argumentativa do devido processo legal. Isso possibilita identificar potencialidades de transformação, sem incorrer em uma eticização do direito processual, valendo-se dos próprios elementos teóricos desenhados por Habermas. Por outro lado, se tentará manter uma coerência interna entre o que propugna Habermas para a decisão judicial e como esses requisitos são encontrados e desenvolvidos pelo direito processual civil brasileiro, ante uma possível compatibilidade entre os paradigmas procedimental e o modelo constitucional vigente.

Feito esse introito, o que se discutirá, na próxima seção é o estado da arte, considerando as pesquisas anteriores sobre Habermas e o processo civil, Em seguida, será analisada a cooperação processual, enquanto manifestação infraconstitucional do devido processo legal, a luz dos elementos que compõem a teoria do agir comunicativo, considerando o processo civil como uma espécie de discurso jurídico institucionalizado.

⁷⁶⁵ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 257-276

5.2 O ESTADO DA ARTE NO DIÁLOGO ENTRE OS PRESSUPOSTOS HABERMASIANOS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA ESCOLA MINEIRA DE PROCESSO

Compulsando a existência de estudos anteriores sobre a relação entre Habermas e o processo civil, no âmbito do direito brasileiro, destaca-se a produção desenvolvida pela Escola Mineira de Processo. Trata-se de um movimento teórico desenvolvido no âmbito dos programas de pós-graduação em direito de Minas Gerais que objetiva uma leitura constitucional e procedimental do processo civil. Ao analisar a Escola Mineira de Processo, Marco Félix Jobim afirma que o recurso à teoria de Habermas faz com que a Escola seja conhecida, também, como Escola Habermasiana de Processo. Pela visão de Jobim, a Escola Mineira de Processo é perfilhada a uma nova abordagem da dogmática processual, dentro de um marco constitucional e procedimental, voltado para a construção dialógica da decisão judicial. Por esse motivo é que, em âmbito nacional, a Escola Mineira de Processo rompe com as demais Escolas, já que opta por um viés neoinstitucionalista do processo. Dessa forma, serão analisados os principais componentes da referida escola, considerando o estudo elaborado por Jobim.⁷⁶⁶

Antes de ingressar no pensamento mineiro, é necessário destacar que não foram encontradas pesquisas diretas, em Frankfurt, sobre Habermas e o processo civil alemão ou sobre ação comunicativa e cooperação processual. Dentre os trabalhos na área jurídica que foram orientados por Klaus Günther, herdeiro de Habermas nos estudos jurídicos, no âmbito, do *Institut für Sozialforschung*, nenhum foi dedicado ao campo do direito processual. Ademais, o jurista frankfurtiano não produziu, após sua obra sobre Teoria da argumentação no direito e na moral, nenhuma outra publicação ligada aos discursos jurídicos, optando por estudar os padrões éticos e a teoria responsabilidade no campo do direito penal.⁷⁶⁷

Isso abre dois flancos possíveis, o primeiro que não há uma concordância de Habermas quanto à cooperação processual alemã ou até mesmo o estudo do direito processual civil, no âmbito da Escola de Frankfurt, razão pela qual inexistem pesquisas sobre o assunto. O segundo pressupõe que alemães não buscarem estudar a relação entre a teoria de Habermas e o processo civil, diferentemente dos brasileiros, pode ser justificada pela própria matriz

⁷⁶⁶ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2014. p. 91-92

⁷⁶⁷ PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Prefácio. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. (Orgs.). **Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. VII-XXV

teórica e ideológica do processo alemão. Enquanto no Brasil vigora, historicamente, a abordagem instrumental do processo, característica da Escola Paulista de Processo e de viés publicista, o processo civil alemão já possui, desde a década de 1977 – e consoante foi explicado no item 3.2.1 –, um viés dialógico e baseado na cooperação processual.

A Escola Mineira de Processo tem seu embrião formado pelos estudos de Aroldo Plínio Gonçalves, professor da graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a despeito deste jurista não recorrer à base filosófica habermasiana. De acordo com Gonçalves, o anteparo teórico do processo civil deve buscar a solução dos conflitos a partir de um contraditório evoluído, que forneça “uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado – a sentença –, para influir em sua formação.”⁷⁶⁸ E complementa o exposto, afirmando que o processo é um

procedimento realizado em contraditório entre as partes, que trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições à discussão no âmago da atividade que se desenvolve, até o momento final, um procedimento para a emanação de uma sentença participada, da sentença que é ato do Estado, mas que não é produzida isoladamente pelo Estado e sim resultada de toda uma atividade realizada com a participação.⁷⁶⁹

A despeito do trabalho de Gonçalves, é com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Flaviane de Magalhães Barros, que a Escola Mineira de Processo engrena pelo viés habermasiano, pois ambos os autores fazem a associação das críticas de Aroldo Plínio Gonçalves com as percepções que obtém de Habermas. Afinal, Oliveira e Barros viram

com Habermas que tanto o paradigma Liberal quanto o Social compartilham a visão produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial que despreza o nexos interno entre a autonomia pública e privada e delinea um quadro de exclusão mediante uma cegueira social (no liberal) ou através de uma insensibilidade com a auto-determinação dos cidadãos (no social). Ademais, percebe-se que a política compensatória do Estado social em um quadro de aumento de complexidade normativa, não atende aos anseios de uma cidadania participativa, que é relegada a um papel marginal de cliente, criando-se uma nova relação de dependência.⁷⁷⁰

Para Flaviane de Magalhães Barros, a teoria procedimentalista de Habermas é um mecanismo para a compreensão do processo como garantia constitucional, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nos termos do que explica a jurista mineira, a Constituição Federal de 1988 requer uma interpretação constitucionalmente adequada do processo

⁷⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 191

⁷⁶⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 193-194

⁷⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 202

jurisdicional, razão pela qual elenca princípios base para guiar o intérprete na concretização constitucional. Como exemplo desses princípios que deslocam o processo jurisdicional – termo que compreende os processos civil e penal – para o eixo procedimentalista, Magalhães elenca a ampla argumentação, a fundamentação das decisões, o contraditório e a existência de um terceiro imparcial.⁷⁷¹ A despeito de trabalhar com a concepção constitucional de processo jurisdicional, de modelo único, base principiológica uníssona e tipologia plúrima⁷⁷², é necessário destacar que os estudos de Barros são voltados ao processo penal e não ao processo civil.

A abordagem processual e constitucional da Escola Mineira de Processo, a partir dos esforços de Cattoni de Oliveira, perpassará pela reconstrução das teses de Habermas e Fazzalari, visando a criação de um modelo procedimentalista, que atenda a “um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente”, pois reconhece que essa tensão, no nível pragmático do processo, ganha outros contornos de complexidade, pois “as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem harmonizar-se com as restrições impostas pelo próprio Direito, através da necessidade de fato de decisão”.⁷⁷³

Com efeito, Cattoni de Oliveira afirma:

A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional [...] O processo, portanto, é procedimento discursivo que garante a geração de decisão compartilhada.⁷⁷⁴

No desenvolvimento da perspectiva acima, Cattoni de Oliveira recorre aos conceitos de paradigma do direito, empregados por Habermas e tratados na seção 3.1 desta tese, para versar sobre a argumentação jurídica e dos meios processuais como forma de tutelar e garantir os direitos fundamentais. O recurso à sistemática procedimentalista ocorre, na obra de Cattoni de Oliveira, da seguinte maneira:

⁷⁷¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 333-335

⁷⁷² BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 342-343

⁷⁷³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167

⁷⁷⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167-168

A tese aqui avançada é a de que, no marco de uma compreensão procedimentalista do Direito, na prática social do cotidiano dos operadores jurídicos, e que em muito ultrapassa o círculo fechado dos especialistas, os paradigmas jurídicos liberal e social permanecem em tensão, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável. Essa tensão é que se pretende justamente mascarar, quando a teoria constitucional do bem-estar social fala em “colisão” ou em “concorrência de direitos”, e pretensiosamente busca resolvê-las à base de uma negociação/otimização de direitos convertidos bens juridicamente protegidos.⁷⁷⁵

O mote da proposta trazida Cattoni de Oliveira está na reinterpretção do devido processo legal, pelo paradigma procedimentalista habermasiano, como se verifica no fragmento abaixo:

Numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Aqui, a questão metódica entrecruza-se, mais uma vez, com o problema da legitimidade das decisões jurisdicionais. Há muito, a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões é, antes, direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). [...] Assim, como se trata de um processo argumentativo, a construção da decisão jurisdicional, que importa na determinação da norma adequada a um dado caso, assegurada num nível institucional, depende do entrelaçamento de argumentos e de perspectivas de interpretação acerca do caso concreto que não pode, por um lado, deixar de considerar os pontos de vista dos diretamente implicados, nem, por outro, se deixar reduzir à sua mera consideração. O que se coloca em questão, nesse momento, é a própria garantia de integridade do Direito, a fim de se garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto. Por fim, toda essa reflexão leva, pelo menos, à necessidade de se ultrapassar as noções de “devido processo formal” (processo como limite do poder jurisdicional) e de “devido processo material” (processo como instrumento do poder jurisdicional), no que se refere à dimensão institucional da argumentação jurídica de aplicação. Essa compreensão da argumentação jurídica articula-se com o Direito Processual, impossibilitando que ela seja tratada como um caso especial da argumentação moral, mas todavia garantindo-se no aspecto temporal, social e objetivo que ela ganhe curso, sem que haja uma predefinição material a algum fim ou escopo que se possa pretender alcançar, a não ser o da construção imparcial, coerente e participada da decisão jurisdicional: tal seria, inclusive, a noção que consideramos a atual do princípio constitucional do devido processo legal.⁷⁷⁶

É possível encontrar uma justificativa, dada por Cattoni de Oliveira, para o recurso ao pensamento habermasiano, que forma um dos pressupostos teóricos que adota em sua análise. O objetivo de Cattoni de Oliveira está em usar da teoria do discurso, levando em

⁷⁷⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 144

⁷⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151-152

conta a tensão entre facticidade e validade, nos termos da integração social promovida pelo direito, como fio condutor para debater, em última análise, a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. O emprego de Habermas vem exatamente pela adequação de sua proposta procedimental aos ditames do Estado Democrático de Direito.⁷⁷⁷ Apesar de expor sua metodologia e justificar a opção teórica, Cattoni de Oliveira não ingressa, ao que parece, nas dificuldades de promover o diálogo entre Habermas e o direito brasileiro.

Para tanto desenvolver sua pesquisa, Cattoni de Oliveira adota uma concepção que não diferencia processo e procedimento em um viés teleológico, nem compreende o primeiro como relação jurídica ou o segundo como forma. A opção escolhida pelo mineiro é uma reconstrução do processo, com supedâneo em Habermas, entendendo procedimento como gênero e processo como espécie. Os procedimentos compreendem os atos preparatórios para os atos de caráter vinculativo do Estado e que têm o condão de gerar efeitos jurídicos e englobam os provimentos legislativos, judiciais e administrativos. De seu turno, o processo é um procedimento de participação dos interessados, enquanto seus destinatários, na elaboração do provimento, o que é exemplificado pela participação do cidadão no processo legislativo e do jurisdicionado na formação da sentença.⁷⁷⁸

Ao descrever a jurisdição constitucional brasileira, em seus vieses incidental e principal – que são complementares entre si –, Cattoni de Oliveira verifica que se trata de uma atividade processualmente institucionalizada de aplicação do direito e que serve como componente do processo de elaboração democrática do direito, já que seu exercício não pode se dar, exclusivamente na perspectiva de um legislador negativo ou positivo – ou seja, na remoção ou adição de normas, respectivamente, pelo exercício da jurisdição constitucional.⁷⁷⁹

Por isso a afirmação, dada pelo jurista, de que os direitos fundamentais são a expressão das condições que possibilitam a formação do consenso racional, em um “processo equânime de negociação acerca da institucionalização das normas do agir, tornando possível a gênese democrática do Direito”. E, portanto, a jurisdição constitucional tem como tarefa a “garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia

⁷⁷⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 208-212

⁷⁷⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 166-167

⁷⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 212-214

privada dos coassociados jurídicos, no sentido da independência e da cooriginalidade delas, especialmente, no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis”.⁷⁸⁰

Logo, o processo constitucional brasileiro partirá de dois pressupostos, o primeiro é que há uma garantia do devido processo legislativo democrático, com abertura dos discursos legislativos de justificação, o que reflete no exercício democrático da jurisdição constitucional por fornecer pressupostos comunicativos e condições processuais. De igual maneira, há, como segundo pressuposto, uma garantia do devido processo constitucional, que preconiza a imparcialidade e adequabilidade dos discursos de aplicação das normas, de tal sorte que deverá ser assegurada a participação, em todas as instâncias processuais – cível, penal e administrativa –, dos possíveis alcançados pelo efeito da decisão, como forma de viabilizar o exercício da autonomia jurídica do cidadão.⁷⁸¹

Abrindo um flanco de divergência na Escola Mineira de Processo, Rosemiro Pereira Leal, compreende que o modelo procedimental democrático de Habermas somente poderia ser aplicado a partir do devido processo como “instituição coconstitucionalizante e coconstitucionalizada jurídico-institutiva e não por quaisquer interações comunicativas procedimentais ocorrentes na base cultural de produção do direito.”⁷⁸² Leal sustenta que a teoria de Habermas não é aplicável ao cenário constitucional brasileiro, pela incompatibilidade do paradigma pragmático-discursivo, baseado no uso pragmático da linguagem e na figura dos jogos de linguagem, adotado pelo frankfurtiano:

Depreende-se que os modelos de democracia habermasianos também não podem ser aproveitados para a compreensão do paradigma democrático constitucionalizado no Brasil que é processual e não pragmático-discursivo, porque o modelo republicano foi abolido pelo art. 1º da Constituição brasileira de 1988, o liberal pelo art. 170 (caput) e o proceduralista (procedimentalista) criado por Habermas decorre, como ele mesmo afirma, de uma análise combinatória dos modelos anteriores (liberal e republicano)⁷⁸³

Com efeito, o argumento de Leal gira em torno da suposta confusão que Habermas faz entre legitimidade e legitimação, optando o mineiro por um caminho discursivo-processualizado, no qual ocorre a pactuação constitucional – denominada de processo – de sentidos de conduta, a partir de elementos principiológicos mínimos. Diz Leal que, no “direito democrático, a linguagem teóricoprocessual apresenta uma relação de inclusão com as ideias

⁷⁸⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 207

⁷⁸¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 208-210

⁷⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 95

⁷⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 107

humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia.”⁷⁸⁴

A opção de Leal para trabalhar com a teoria neoinstitucional do processo tem sua base epistemológica em Karl Popper, com o escopo de conferir ao construto teórico uma fundamentação científica, pois entende que o próprio Habermas se rendeu, implicitamente, ao pensamento popperiano, ao justificar, através da legalidade reconstruída procedimentalmente, a legitimidade do direito. Nesta senda, Leal trabalha com uma concepção do devido processo como marco de interpretação, aplicação, modificação e extinção do direito democrático nos termos da falseabilidade popperiana.⁷⁸⁵ Em síntese, o processo em Leal corresponde a uma

instituição coinstitucionalizada que se define pela conjunção dos institutos linguístico-jurídicos da ampla defesa, isonomia, contraditório e do instituto do devido processo legal, para assegurar a produção, o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas judiciária, legislativa e administrativa.⁷⁸⁶

A geração subsequente da Escola Mineira de Processo é composta, cronologicamente, por Alexandre Melo Franco Gustavo Bahia, Dierle José Coelho Nunes e Flávio Barbosa Quinaud Pedron, todos orientandos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, nos programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. As pesquisas desenvolvidas pelos juristas mencionados aprofundaram a interface entre Habermas e o direito brasileiro, levando o debate para o campo do direito processual civil.

O primeiro representante da Escola Mineira de Processo a ter sua produção analisada, seguindo a ordem cronológica, é Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, cuja utilização da premissa habermasiana foi direcionada para compreensão, dentro do Estado Democrático de Direito, no viés procedimental, da relação entre público e privado no âmbito dos recursos especial e extraordinário. Em outros dizeres, Bahia buscou construir uma relação de cooriginalidade, a partir de Habermas, para compreender como ambos os interesses são tratados no interior do processo, e, em especial, na fase de admissibilidade recursal.

A problemática abordada por Bahia gira em torno da inexistência de uma pressuposta supremacia do interesse público sobre o privado e que, assim como identificado por Habermas, esses elementos tensionam no âmbito da decisão judicial. No caso dos recursos, a

⁷⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 117

⁷⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 137-146

⁷⁸⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 382

tensão se mostra entre a pretensão de uma decisão correta, de um lado e, do outro, a produção de uma decisão célere. Para Bahia, no paradigma procedimental característico do Estado Democrático de Direito, não se pode bloquear o acesso do cidadão aos tribunais pela existência de um interesse público supostamente superior ao interesse privado.⁷⁸⁷

Um primeiro ponto a ser destacado, dentro da relação cunhada por Bahia, é que o paradigma procedimental habermasiano contribui para uma nova percepção do que vem a ser segurança jurídica, no âmbito do Estado Democrático de Direito adotado pelo direito brasileiro:

o Estado Democrático de Direito vem afirmar que a segurança jurídica que um cidadão pode obter do Estado traduz-se, por exemplo, numa medida jurisdicional ampla, a que ele tenha não apenas acesso livre mas também que a decisão seja o resultado de uma profunda discussão racional em que as partes (potencialmente) puderam, em conjunto, reconstruir o evento e cada uma levantar suas pretensões a direito; que o juiz, por sua vez, forme seu convencimento a partir daquele produto discursivo, ao mesmo tempo em que sua decisão seja de tal forma que possa transcender o caso, ganhando com isso a universalidade própria a uma comunidade de princípios – o que se vê traduzido em nosso ordenamento desde a Constituição, art. 5º, LIV e LV, e art. 93, IX, passando também, por exemplo, pelo novo CPC, arts. 7º-10 e 489, § 1º.⁷⁸⁸

Deste item, Bahia vai justificar a cooriginalidade do público e do privado, no âmbito dos recursos excepcionais, sob um prisma habermasiano, valendo-se do direito procedimental como forma de sustentar uma complementaridade entre ambos, já que as próprias noções de interesse público são colidentes entre si.⁷⁸⁹ A cooriginalidade das autonomias pública e privada, no âmbito recursal, se torna um elemento necessário ao julgamento, pois:

No caso da atividade jurisdicional, ainda que o juiz não tenha acesso às razões éticas, pragmáticas, morais (etc.) da mesma forma que o legislador (no mecanismo de circulação oficial do poder comunicativo de que tratamos anteriormente), deverá proporcionar aos litigantes em juízo a oportunidade de levantarem diferentes pretensões a direito, cujo debate, tomado a partir do caso, poderá mostrar qual daquelas é a adequada. Isso não é diferente no julgamento dos recursos extraordinários: trata-se de uma e mesma atividade jurisdicional, e qualquer tentativa de colocar os tribunais superiores em uma posição diferenciada, desnatura sua qualidade de aplicadores judiciais do direito.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 371

⁷⁸⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 326

⁷⁸⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 293-301

⁷⁹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 363

Em outras palavras, Bahia explica, valendo-se da teoria habermasiana, que as normas relativas a procedimentos não sejam encaradas como "mera formalidade, mas como condições de possibilidade para o desenvolvimento de argumentos". E é esse ponto chave para compreender a já mencionada segurança jurídica, que no campo processual, consiste "na pretensão de garantir um procedimento equânime, onde as partes tenham a oportunidade de esclarecer questões de fato e de direito", independente da crença "que com regras gerais e abstratas, com súmulas, com decisões vinculantes etc., se consegue garantir um certo resultado".⁷⁹¹

No tocante ao seu objeto de pesquisa, Bahia explica que, abolida da ordem constitucional, a arguição de relevância, em suas formas de transcendência ou repercussão geral, presentes nos recursos aos tribunais superiores, sobredimensionam o interesse público. Por isso que a compreensão exclusivamente publicista dos recursos excepcionais, ao que acontece com a repercussão geral, no caso dos recursos extraordinários, acarreta uma privação do devido processo legal e do contraditório. São empregadas várias formalidades abusivas com o objetivo de obstar o conhecimento do recurso pelos tribunais superiores. Não à toa, no âmbito processual, os relatores vêm somando cada vez mais poderes, não somente para conhecer, mas também para decidir, solitariamente, os casos sob seu exame.⁷⁹²

Bahia problematiza que a inexistência de um recurso apenas no interesse da lei já afastaria a preponderância de um interesse exclusivamente público aos recursos excepcionais. Afinal, os recursos não se prestam, exclusivamente, à preservação do direito e à uniformização da jurisprudência, pois são as próprias partes que manejam os recursos, daí justificar uma coexistência dos interesses.⁷⁹³ Como solução para a problemática recursal, Bahia propõe a seguinte estratégia

[...] uma concepção constitucional (e discursiva) de processo não pode aceitar que, em nome da celeridade a qualquer custo, se sacrifiquem os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa; de outro lado, chamamos a atenção para a ideia segundo a qual um processo de conhecimento bem estruturado (particularmente a primeira fase de cognição), com ampla discussão entre os sujeitos do processo acerca dos pontos controversos pode gerar a diminuição do número de recursos e, pois, indiretamente, diminuir a duração dos processos. Nossa proposta, dessa forma, no que tange à repercussão geral, caso prevaleça a irreversibilidade do instituto, é no sentido de que o Tribunal de origem deveria tomar as principais razões expostas pelas partes (p. ex., dando prazo para estas fazerem um *briefing* de suas razões principais) para então enviá-las ao STF.

⁷⁹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 355-356

⁷⁹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 353-354

⁷⁹³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 358

Depois, quando da decisão do STF, esta não deveria ser aplicada cegamente, fazendo “tábula rasa” do conteúdo dos processos; ao contrário, o Tribunal de origem deveria aplicá-la de acordo com cada caso concreto. A respeito da previsão do *amicus curiae* no procedimento de repercussão geral, há que atentar para um aspecto ainda pouco explorado. Através desta abertura do procedimento, todos aqueles que tiveram seus processos sobrestados aguardando que o Tribunal decida se há, ou não, repercussão geral poderão intentar seu ingresso como *amicus curiae* e então expor suas razões acerca da existência (ou não) de repercussão geral, no caso. Dessa forma, as críticas apontadas [...] – isto é, de que com o “pinçamento”, é o Tribunal local que julga completamente o caso (já que é ele quem escolhe) e ainda, que este mecanismo importara em potencial desconsideração das razões recursais apresentadas pelas partes, o que viola o devido processo legal – poderiam ser superadas, haja vista que os interessados teriam a possibilidade de trazer suas razões, suas interpretações acerca da “repercussão constitucional” do caso, fornecendo melhores elementos para que os ministros decidam.⁷⁹⁴

Dentro da sistemática procedimental, o único fator relativo ao interesse público que se pode defender estritamente, na via do recurso extraordinário, é a presença de interpretações diferentes em outros tribunais. Salvo esse item, todas as demais tensões entre interesse público e privado – e a predominância do primeiro – estão em desacordo com o Estado Democrático de Direito procedimental. Cabe aos tribunais superiores, se verificada a presença de questão constitucional ou federal como preliminar de mérito, proferir novo julgamento, havendo presença de erro no julgamento originário. Já se a hipótese recursal for de erro no procedimento, haveria somente devolução dos autos à instância de origem.⁷⁹⁵

Dessa maneira, Bahia sugere que, dentro do modelo procedimental de jurisdição, a tensão entre público e privado deverá ser respeitada independente do grau de jurisdição, já que a decisão judicial exige uma justificação interna, enquanto correção, direcionada às partes e outra externa, voltada à comunidade, atestando a coerência do julgado. Os tribunais superiores, assim como os juízos primários, devem se atentar para esses requisitos, não sendo possível mais sustentar diferenças entre um ou outro grau, pois a prestação jurisdição enseja as mesmas exigências procedimentais e argumentativas para todo o exercício jurisdicional. Logo, as decisões judiciais que buscam a aplicação da norma adequada deverão ser produto das pretensões jurídicas trazidas pelas partes ao processo.⁷⁹⁶

O próximo jurista da Escola Mineira de Processo a ser abordado é Dierle José Coelho Nunes, ao adotar a teoria de Habermas como marco teórico⁷⁹⁷, direciona seus esforços

⁷⁹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 355-356

⁷⁹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 356

⁷⁹⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 368

⁷⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 51-52

na reconstrução de uma dogmática processual na qual o contraditório é exercido de forma participativa, como uma espécie de cooperação processual, o que consagraria as exigências de coerência e correção para as decisões judiciais produzidas.

Ao estudar o processo civil alemão, Nunes, explica que o Modelo de Stuttgart, instaurado no sistema alemão, trabalha com um pré-procedimento preparatório para a explanação judicial sobre as questões controvertidas e importantes para o julgamento da causa. Trata-se de um modelo com diálogo aberto e sem preconceitos, exercido com o fito de reconstruir o caso concreto para garantir a busca pela verdade que ensejará a decisão correta. O modelo cooperativo de Stuttgart preconiza o julgador, enquanto guardião da lei, como um interlocutor aberto à cooperação na formação da decisão, o que redundará em uma democratização do processo e supressão de autoritarismos processuais.⁷⁹⁸

Já em sua tese, Nunes irá abordar a fundamentação habermasiana no seguinte ponto:

O processo ganha [...] uma enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devem ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial ao seu desenvolvimento. Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo. [...] No que tange aos procedimentos jurisdicionais, há de se afastar por completo o ideal monológico que assegura ao juiz um "privilégio cognitivo" – *Erkenntnisprivileg* – na prática de formação da decisão judicial, eis que, caso isso fosse possível, poder-se-ia até mesmo acabar com o espaço procedimental discursivo do processo, como *iter* formador dos provimentos, impedindo a possibilidade de que novas informações e melhores argumentos pudessem ser propostos.⁷⁹⁹

Nunes vislumbra que os princípios constitucionais dimensionam uma correção normativa baseada em uma perspectiva procedimental habermasiana, o que permite o exercício das autonomias pública e privada a todos os participantes do processo, independente da sua parcialidade, pois os argumentos normativos deduzidos no espaço público processual podem servir de fundamento das decisões. Essa visão o conduz para um modelo processual policêntrico, que encontra guarida no princípio da democracia habermasiana e que prevê a participação, dentro de sua atuação técnica, racional e responsável, de vários protagonistas na produção do provimento judicial, enquanto sujeitos processuais.⁸⁰⁰

⁷⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 38-40

⁷⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49-50

⁸⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 254-258

A ideia de processo participativo de Nunes pode ser encarada como o passo subsequente na Escola Mineira de Processo, tendo em vista que há um resgate das questões, outrora lançadas no início do movimento teórico, acerca do contraditório. Nunes, reconstrói a ideia de contraditório como cooperação processual, e, a despeito de ter produzido sua tese nos momentos finais do Código de Processo Civil de 1973, pode participar e contribuir para a formação da nova legislação processual. A justificativa dada por Nunes para uma abertura do processo civil à teoria do direito, ao direito constitucional e a filosofia do direito é de que o atual papel da jurisdição, no contexto constitucional contemporâneo, é direcionado a uma função contramajoritária, com possibilidade de oitiva de minorias. Para Nunes não se trata de buscar a mera discussão conceitual, mas sim de “permitir a obtenção de resultados eficientes e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado para concepção de um Estado Constitucional Democrático”.⁸⁰¹

O último componente da Escola Mineira de Processo que compõe o estado da arte da presente pesquisa corresponde a Flávio Quinaud Pedron, cujo trabalho confere continuidade ao de Bahia. Pedron lança mão da teoria discursiva do direito habermasiana para elaborar uma proposta de compreensão procedimental para a questão da transcendência e da repercussão geral dos recursos destinados aos tribunais superiores. Com Habermas, Pedron sustenta que

em todo julgamento, deve-se buscar reconstruir as situações características e particulares dos casos para determinar a norma adequada dentre uma constelação de outras *prima facie* aplicáveis. Ao magistrado cabe somente fundamentar suas decisões com base em razões normativamente justificáveis [...] a aplicação judicial do Direito norteia-se pela “decisão correta”, o que exclui a possibilidade de decisão discricionária ou de qualquer atividade legislativa supletiva ou concorrente pelo Judiciário.⁸⁰²

Pedron compreende, em dizeres habermasianos, que os tribunais superiores são “locais de discussão acerca das pretensões jurídicas em face de casos concretos, centralizando questões provindas da periferia – isto é, interpretações que as partes processuais fazem do Direito – e filtrando-as a fim de se construir um juízo de aplicação adequado a esses casos.” E complementa explicando, que o direito ao recurso, dentro da teoria discursiva, está

⁸⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho. Alguns pontos cegos nas reformas processuais – a falta de um olhar panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas de execução por quantia. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Orgs.). **Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 84-87

⁸⁰² PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do direito como integridade de Dworkin e da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas**. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 224-225

diretamente relacionado com a obtenção de uma decisão correta, a partir de uma revisão do julgado anterior. Por adotar essa perspectiva, Pedron nega a ideia de um processo objetivo, orientado à celeridade, pois acarreta em exclusão das partes da construção da decisão, a qual se torna um produto hermético e fechado dos membros dos tribunais. Esse cenário acaba prejudicando a legitimidade das decisões produzidas, pois há de se lembrar que existe um direito, titularizado por toda a sociedade, a um sistema eficaz de recursos e que expressa igual consideração e respeito, para o interesse geral de todos receba tratamento igualitário.⁸⁰³

No trilho habermasiano, Pedron defende uma ampliação dos tribunais para albergar a multiplicidade de propostas interpretativas, pois, enquanto espaços para problematização, as cortes podem ensejar o desenvolvimento de uma cidadania ativa, orientada à aplicação das normas adequadas aos casos concretos. De outro lado, o sistema recursal procedimental não preconiza o descarte das decisões anteriores, mas sim propugna, devendo o tribunal justificar sua maior adequação, correção e coerência frente os julgados pretéritos. Daí a crítica de Pedron a institutos como a transcendência e a repercussão geral que obstam o acesso aos tribunais superiores de demandas tidas como de menor importância.⁸⁰⁴ Explica o processualista mineiro:

uma compreensão normativa leva a entender tanto a “transcendência” quanto a “repercussão geral” como questões internas à própria pretensão recursal; e, por isso mesmo, estão conectadas a toda e qualquer pretensão jurídica levada a cabo pelas partes processuais. Uma leitura procedimental, então, percebe que a ausência de demonstração de tais requisitos acarreta um julgamento de mérito negando tal pretensão, o que, nesse sentido, demonstra que tais “inovações” são incapazes de responder ao problema da “crise do Judiciário”. Em verdade, elas em nada contribuem, já que representam mais uma repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista. Tal entendimento, então, mostra-se adequado ao paradigma procedimental do Direito, uma vez que alia a compreensão desses recursos como via da defesa de direitos à função unificadora desempenhada pelos Tribunais, ambas guiadas por uma interpretação coerente do Direito, capaz de gerar respostas adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário. Logo, não se toma o público como oposto ao privado, mas apresentam-se ambas as esferas sob o prisma de uma relação de equi-primordialidade.⁸⁰⁵

⁸⁰³ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do direito como integridade de Dworkin e da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas**. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 225

⁸⁰⁴ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do direito como integridade de Dworkin e da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas**. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 226-227

⁸⁰⁵ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais**

Encerrado o percurso teórico do Estado da Arte, cumpre destacar que a Escola Mineira tem sua contribuição demonstrada, não somente no diálogo entre Habermas e o direito brasileiro, como com avanços importantes na esfera do direito constitucional e do direito processual civil. É por esse motivo que a presente tese se vale dessa estrutura, dando continuidade ao trabalho dos processualistas e constitucionalistas mineiros, ao compreender a cooperação processual no âmbito do Código de Processo Civil de 2015 e buscando reconstruir a relação entre o instituto processual e as exigências discursivas e processuais trazidas na obra de Habermas.

Como pontos de proximidade entre o presente trabalho e o que foi desenvolvido pela Escola Mineira, podemos destacar, primeiramente, que a possibilidade de uma aproximação entre a teoria do agir comunicativo e cooperação processual será tomada como premissa base, valendo-se do que já foi produzido outrora pelos juristas mineiros. Em seguida, se adentrará nos óbices para o diálogo pretendido, discutindo se é possível ou não a inserção de um modelo procedimental no direito brasileiro. Inclusive, se buscará uma associação da cooperação processual como terceira via no direito processual e o paradigma procedimental como terceira opção para além dos paradigmas liberal e social.

Quanto às diferenças, a presente pesquisa irá adentrar na questão do devido processo legal como o pressuposto pragmático de argumentação, usando do método reconstrutivo para compreender qual seu papel na regência dos discursos jurídicos institucionalizados. Nesse momento, a intenção é mostrar como os requisitos processuais de uma decisão correta e coerente podem ser cumpridos pelo direito brasileiro.

Como avanços, a presente pesquisa irá indicar, após debatidas as questões acima, três potenciais emancipatórios para o recurso da cooperação processual. O primeiro diz respeito à legitimidade da decisão construída procedimentalmente, item já objeto de debate entre os mineiros, com o adendo de considerar a sentença um texto polifônico, no qual deve ser possível identificar as vozes da comunidade de trabalho processual. Já o segundo envolve a construção legítima de precedentes, com a proposta de uma solução quanto à construção de uma regra argumentativa para os tribunais colegiados. E o terceiro potencial envolve o *accountability* da decisão, pela cidadania ativa, a partir da justificação do poder judiciário perante a própria sociedade civil, do julgamento proferido, como forma de coibir as figuras de perversão do direito.

5.3 PREMISSAS PARA VIABILIZAR O DIÁLOGO ENTRE AÇÃO COMUNICATIVA E COOPERAÇÃO PROCESSUAL

O direito contemporâneo traz uma série de exigências, afinal, o Estado Democrático de Direito pressupõe a presença de elementos de legitimidade das decisões do poder público. Há aqui uma superação da legitimidade no sentido da validade, na forma de uma determinação contemporânea, que condiciona o reconhecimento de uma ordem política e jurídica a partir dos seus fundamentos de correção e justiça. As intenções trazidas pelo poder público devem ser legitimadas não somente por serem produzidas dentro dos ditames da legalidade, mas também porque há participação cidadã e argumentos advindos da sociedade civil que a sustentam.⁸⁰⁶

Afinal,

a prática jurídica é antes uma prática discursiva decorrente da comunicação que se realiza entre as pessoas, segundo um procedimento moral calcado numa razão intersubjetiva, própria de uma moralidade pós-convencional, que guarda co-originalidade com o próprio Direito. Daí que a legitimidade, a validade e, por conseqüência, a justificação das normas jurídicas passam, necessariamente, por esse procedimento. Por isso é que não há mais como construir-se uma pragmática jurídica sem que se observe essa trajetória. Ela é a base de um Direito que se apresenta como nova realidade cultural, a serviço dos verdadeiros e autênticos interesses sociais.⁸⁰⁷

Há, na figura da legitimidade pela legalidade, um resgate dos mecanismos empregados por Hans Kelsen, para quem o exercício do poder depende de uma autorização dada pelo direito àquela autoridade – ou seja, o direito tanto autoriza quanto limita o poder, mediante a delimitação de competências pelo texto constitucional. O grande problema da legitimidade encapada por Kelsen está na ausência de elementos extrajurídicos para a legitimidade do direito. Por Kelsen, a legitimidade fica condicionada às relações escalonadas de validade entre as normas de diferentes hierarquias.⁸⁰⁸

Essa perspectiva resvala na concepção adotada por Kelsen da interpretação judicial como um ato de vontade do julgador. Enquanto autoridade investida com o poder de decidir, o intérprete oficial tem total discricionariedade para selecionar qual é a melhor interpretação

⁸⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 565-586

⁸⁰⁷ GÓES, Ricardo Tinoco de. Direito processual e filosofia do direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. **Revista Direito e Liberdade**, v. 4, n. 3, p. 447-468, 2006. p. 457-458

⁸⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 161-165

que julga adequada para o caso concreto.⁸⁰⁹ Trata-se do anteparo jusfilosófico do livre convencimento motivado, enquanto instituto que orientava a fundamentação das decisões e que fora adotado na vigência do Código de Processo Civil de 1973. De acordo com esse princípio processual, o juiz é livre para julgar, de sua própria convicção, as provas e os fundamentos jurídicos apresentados no processo, desde que fundamente sua decisão. O abandono do livre convencimento motivado é justificado no próprio anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 pelas distorções que gerava, a partir da legalidade, consoante as expectativas do Estado Democrático de Direito.⁸¹⁰

Ao que parece, a opção do constituinte originário ao traçar o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal foi de adotar uma legitimidade para além da mera legalidade, fazendo uma conciliação entre as sistemáticas liberal e republicana. De acordo com o dispositivo, a soberania poderá ser exercida diretamente nos termos da própria Constituição que, diga-se de passagem, elenca mais de 30 (trinta) instrumentos de participação direta do cidadão. Inclusive, a história recente do Brasil mostra o recurso a esses instrumentos como o referendo ao Estatuto do Desarmamento ocorrido em 2005 e a Lei Complementar nº 135 de 2010 – Lei da Ficha Limpa – que teve como origem o Projeto de Lei Popular nº 518/2009. Afora isso, há ainda, no texto da Constituição Federal, a figura das audiências públicas que, com fundamento do art. 58, inciso II, possibilitam uma verdadeira interlocução entre o espaço público e o poder estatal.

De acordo com Bahia, quando a Constituição Federal de 1988 busca inspiração nos textos constitucionais de Portugal e da Espanha, que consagram o Estado Democrático de Direito como a superação dos paradigmas constitucionais do Estado Liberal e Estado de Bem-Estar, o que acaba promovendo não um abandono, mas sim uma releitura de ambos. Somado a isso, a elaboração do texto constitucional vigente foi marcada por ampla participação popular, em especial, através das emendas populares, oriundas de inúmeras audiências públicas.⁸¹¹ Daí a possibilidade de ventilar, preliminarmente, uma aplicação potencial do modelo procedimental ao direito brasileiro.

De outro talante, a Constituição Federal não abole diretamente os paradigmas liberal e republicano, como outrora afirmado por Rosemiro Pereira Leal e explicado na seção

⁸⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 249-251

⁸¹⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 27

⁸¹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 103-104

anterior. Na realidade, o que se verifica é muito mais uma tentativa do constituinte em equilibrar os vieses liberal e republicano, nos quais a Constituição procura sedimentar a opção pela transição democrática pela qual o Brasil passou. O próprio processo de redemocratização do Brasil impõe que, de um lado, a utilização de um modelo garantista de direitos que é próprio do republicanismo e, de outro, a defesa intransigente das liberdades individuais, ante a suas anteriores privações durante o período militar. Não obstante, o próprio direito brasileiro anterior era escasso dessas manifestações, o que, no contexto atual, não implica na existência de um abismo entre os paradigmas outrora citados ou até sua eventual e total abolição.

Nesse sentido, persiste a defesa de Cattoni de Oliveira, para uma teoria discursiva da Constituição e do Processo Constitucional brasileiro, visualizando a possibilidade de adotar um paradigma procedimental, no sentido habermasiano, a partir do qual ocorre a tensão entre os direitos fundamentais e a soberania popular. Nesse mesmo sentido, pressupõe-se, no prisma jurisdicional, a adoção de um modelo dialógico para formação de decisões judiciais. A ideia de Cattoni de Oliveira é a preservação da função de integração social do direito, em especial no âmbito de uma sistemática pluralista e que lança novos desafios ao Estado Democrático de Direito, no que concerne às garantias constitucionais da própria legitimidade.⁸¹²

Afinal, o Estado Democrático de Direito envolve pressupostos específicos, diferentemente daqueles adotados pelo Estado de Direito, que o antecede e que pode ser visto sob os paradigmas social e liberal outrora descrito por Habermas. O Estado Democrático de Direito necessita lidar com risco de fechamentos tecnocráticos e diversas concepções de vida que, muitas vezes, se mostram incompatíveis entre, ante o pluralismo. Logo, é necessário trabalhar com a redefinição do que é Estado, soberania popular, democracia, cidadania, público e privado, o que motiva a necessidade de reconhecer e defender a existência de direitos individuais, cujo reconhecimento materialização deve ser suficiente para garantir a construção das autonomias privada e pública dos cidadãos.⁸¹³

No que cinge aos eventuais entraves de uma aproximação entre Habermas e o direito brasileiro, o também mineiro Álvaro Ricardo de Souza Cruz, elenca algumas dificuldades possíveis e suas estratégias de superação. As possíveis incompatibilidades, sintetizadas, a partir da doutrina brasileira, por Souza Cruz, elencam os seguintes pontos: a) a existência de

⁸¹² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 159-164

⁸¹³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 314-315

uma falsa suposição de que o Estado Social foi superado na Alemanha; b) a impossibilidade de vinculação do direito ao paradigma da linguagem contemporâneo; c) a incompatibilidade da proposta de divisão de poderes, em especial quanto ao papel do poder judiciário como agente de mudanças e fórum para realização de direitos; d) a ausência do exercício dos valores substantivos da Constituição reduz o direito ao um mero exame sistêmico; e) a impossibilidade de unir a realidade brasileira com a contrafactividade da teoria habermasiana.⁸¹⁴

Souza Cruz irá rebater cada um desses pontos, ao explicar, primeiramente, que Habermas tem consciência de que o Estado Social foi tematizado de diferentes formas ao redor do globo, em especial por manter vinculadas, ao Estado Democrático de Direito, as políticas de intervenção estatal orientadas à inclusão de minorias, independente de sua origem. Ademais, Habermas aborda o tópico de forma não-paternalista, pois a razão comunicativa é trabalhada como uma reciprocidade dentro de um universalismo procedimental, o que demonstra o seu esforço quanto à concretização de um programa emancipatório do sujeito. Ainda nesses trilhos, Souza Cruz lembra que Habermas opta por se afastar das correntes filosóficas que fundem a racionalidade aos processos sociais de formação democrática de vontade, o que promove o distanciamento do racionalismo substantivo do liberalismo e da ponderação de valores do comunitarismo contemporâneo.⁸¹⁵

Em relação à questão do judiciário, a visão discursiva dos poderes adotada por Habermas, mesmo que implique limites ao poder judiciário, em especial à jurisdição constitucional, serve muito mais como uma base de reflexão para o fenômeno do ativismo judicial brasileiro do que como um obstáculo para eventuais aproximações.⁸¹⁶ O objetivo, em última análise, permanece o mesmo, o qual reside no combate a decisões solipsistas, de um lado e, de outro, permitam o preenchimento das já faladas zonas cinzentas que residem entre os discursos de aplicação e fundamentação. Desta feita, o procedimentalismo habermasiano não obsta a inclusão social pela via jurisdicional, pois exige da jurisdição a busca de uma resposta correta,

permitindo correções e uma análise do próprio mérito de decisões judiciais de uma forma original, calcada nos parâmetros da situação ideal de fala, no agir comunicativo, na moralidade pós-convencional, no tratamento adequado aos argumentos ético-políticos e pragmáticos, na necessária consideração deontológica

⁸¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 246-248

⁸¹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 248-249

⁸¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 250-251

dos direitos humanos e no procedimento em si. Todos esses elementos somados tendem a conduzir a jurisdição de forma sempre aproximada do que Dworkin chama de “direito como integridade” ou, para o que Habermas denomina de integração do mundo da vida pela solidariedade.⁸¹⁷

Por fim, no que diz respeito ao item da contrafactividade, Souza Cruz encerra lembrando que nenhuma teoria, por mais que contemple abstrações e reduções, é imune as críticas e que a filosofia e o saber hermenêutico não precisam se adequar, necessariamente, às expectativas de respostas para questões mais técnicas ou específicas. Por esse motivo é que, na visão de Souza Cruz, não se pode esperar que Habermas se manifeste, especificamente, com críticas e comentários dogmáticos, sobre um determinado ordenamento jurídico. A obra de Habermas está inserida em uma tradição que pretende contribuir para o clareamento de questões morais e ético-políticas que estão relacionadas com a autocompreensão das sociedades modernas e para a proteção das liberdades comunicativas.⁸¹⁸

Souza Cruz coloca um ponto final na questão com a seguinte reflexão:

o exame das peculiaridades da realidade e da história brasileiras não são óbices às pretensões universalistas de Habermas, porque sua visão não suporta a concepção do triunfo do universal/múltiplo sobre o individual/uno (liberalismo), nem tampouco do inverso (comunitarismo). Seu princípio de universalização trabalha em cima da alteridade, compreendendo a identidade nas particularidades da diferença. Além disso, em mais de um momento Habermas traz o indicativo de que as condições “ideais” do discurso são pressupostos contrafactuais inerentes à comunicação. Portanto, não podem ser compreendidos como algo transcendental que necessite de materialização para o reconhecimento da utilidade de sua proposta. Fosse assim, sua teoria seria inaplicável, não só no Brasil, como sustentam os comunitaristas, mas em qualquer país do mundo, pois, mesmo na Alemanha ou nos Estados Unidos, existem hipossuficientes econômicos e minorias. Por tudo que se expôs acreditamos na enorme potencialidade crítica/cognitiva que o procedimentalismo de Habermas pode trazer para a “*terra brasilis*”. A compreensão de que o Estado (e, de certo, nenhum de seus poderes, inclusive o Judiciário) não é o cerne para o correto entendimento do Estado Democrático de Direito e que, ao contrário, esse está no encontro da autonomia pública e privada das pessoas, conduz à reflexão de que o Brasil necessita de prementes melhorias nas suas instituições, de modo a aprimorar a democracia representativa, por meio de um compromisso contínuo com o fim da marginalização social a que submetemos pelo menos metade de nossa população. Da mesma forma, a conclusão de que a integração do país com essa constelação pós-nacional que se avizinha são, dentre outros, alguns dos contributos do procedimentalismo de Habermas para o constitucionalismo brasileiro.⁸¹⁹

Ou seja, ainda que o Brasil não experimente um modelo de democracia deliberativa, é inegável que as contribuições de Habermas podem, ante o seu aspecto normativo, trazer ganhos para o direito brasileiro. Nesta senda, o paradigma procedimental cunhado por

⁸¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 251

⁸¹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 251-252

⁸¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 252-253

Habermas traz um instrumental teórico que permite repensar a maneira que a legitimidade deve ser trabalhada, em especial na confecção de consensos entre os cidadãos, elemento que se faz necessário dentro do pluralismo jurídico. Por esse motivo, encontra-se a evidência de que, ao menos, parcela do construto habermasiano pode dialogar com o direito brasileiro.

Por ser extensivo aos demais poderes, o preceito da legitimidade também alcança o poder judiciário, cujas decisões devem estar compromissadas, antes de mais nada, com o imperativo do devido processo legal imposto pela Constituição Federal. Nesse sentido, é que pode ser promovida a inserção da teoria discursiva de Habermas, a qual se mostra, pelo seu aparato, como adequada para compreender a mediação dos problemas sociais pelo direito forense, o que incumbe indagar qual deve ser a posição do juiz no âmbito do processo civil e quais os limites de sua atividade.⁸²⁰

Inclusive, a própria perspectiva democrática do processo civil, promove uma forte aproximação com a sistemática procedimental, pois o Código de Processo Civil de 2015 tem, como uma de suas bases, a “manutenção da tensão entre as perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e participativa”.⁸²¹ Neste estuário, verifica-se, assim como proposto por Habermas em sua obra, um equilíbrio entre as autonomias pública e privada, desta vez desdobradas no campo processual. Ademais, como outrora explicado, é possível visualizar a opção, com o recurso à cooperação processual, por uma terceira via para além da dicotomia entre os modelos processuais dispositivo e inquisitivo – como dito na seção 4.1.2 – que se aproxima com a escolha pelo paradigma procedimental do direito como uma forma de superação dos vieses público e privado que o direito pode assumir – e que foram descritos nos subitens da seção 3.1.

Por um lado, há indícios de que, ao ter seus pressupostos discursivos aplicados no poder judiciário, a teoria política de Habermas, ainda que tenha sido criada para o parlamento, induz a uma interlocução entre a cidadania ativa e o poder judiciário. Há uma procedimentalização discursiva, de modo que os destinatários da decisão possam tematizar as situações conflitivas e apresentar, de forma legítima, suas expectativas normativas ao

⁸²⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 302-303

⁸²¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 307

judiciário.⁸²² Essa exigência é cumprida através do *amicus curiae*, figura do direito processual que fornece o canal comunicativo entre o poder judiciário e a sociedade civil⁸²³, promovendo, inclusive, uma função contra-colonizadora. Nessa percepção, os interesses oriundos do poder e do dinheiro podem ser filtrados no âmbito processual.⁸²⁴ Não obstante, há comprovação empírica da importância desse instituto nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, frente à influência que os setores da sociedade civil podem desempenhar na corte.⁸²⁵

De outro giro, uma relação possível da teoria habermasiana com o processo civil ocorre no nível de uma metalinguagem, pois o desenvolvimento do processo pode ocorrer “segundo os postulados de uma teoria discursiva, e esta constatação, certamente, se faz de modo mais palpável do que em relação a outras vertentes do denominado ordenamento jurídico-positivo”. Igualmente, “a atividade processual, portanto, se identifica claramente com a prática discursiva. Resolve-se dialogicamente e mediante um método racional de comunicação entre os sujeitos do processo”.⁸²⁶

Aliando as discussões da Escola Mineira de Processo com aquilo que foi discutido até aqui, a relação entre Habermas e a elaboração de um processo civil procedimentalista perpassa por uma compreensão da seara processual para além dos planos estritamente epistemológico e teórico ou como um objeto estrito de pesquisa jurídico-científica. O processo é, antes de mais nada, um fenômeno social e jurídico, no qual influem os conhecimentos teóricos e pragmáticos, advindos da experiência dos sujeitos processuais.

Essa percepção é alcançada por Cattoni de Oliveira, no seguinte fragmento

[os] processos deliberativos não estão surdos a questões pragmáticas, nem a questões éticas ou a questões morais, mas não se reduzem a nenhuma delas. Ao contrário, o processo legislativo democrático deve estar aberto a toda e qualquer questão que se torne problemática para a sociedade. Todavia, como se segue, o Direito não pode ser a política nem a política ser o Direito.⁸²⁷

Ou seja, em sendo aplicada a teoria de Habermas, no processo civil, afora as exigências mencionadas anteriormente e debatidas no item 3.4, haverá de se ter um

⁸²² GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 220-221

⁸²³ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 177-182

⁸²⁴ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-17, abr./jun. 2019. p. 7

⁸²⁵ MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157-171

⁸²⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. Direito processual e filosofia do direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. **Revista Direito e Liberdade**, v. 4, n. 3, p. 447-468, 2006. p. 458.

⁸²⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164

comportamento específico para os sujeitos processuais – e, todos esses elementos, podem formar a base uma teoria discursiva do processo. Nessa perspectiva, o processo deve ser encarado como um espaço para formação de consensos procedimentais, a partir da participação dos jurisdicionados, enquanto cidadãos, na produção das decisões. Para levar a cabo essa abordagem, é necessário que a dinâmica argumentativa esteja projetada para a participação de todos os integrantes e estes, por sua vez, cooperem com o processo para ensejar a vitória do melhor argumento no âmbito processual.

5.4 UMA TEORIA DISCURSIVA (E COMUNICATIVA) DO PROCESSO CIVIL A PARTIR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como uma advertência preliminar e em respeito ao pensamento do frankfurtiano, quadra salientar que as considerações feitas, deste ponto em diante, não estão dentro da teoria de Habermas e configuram a contribuição autoral desta tese. Busca-se aqui o aproveitamento dos postulados filosóficos, apresentados pelo frankfurtiano, para promover uma reconstrução do processo civil brasileiro, cujo diagnóstico toma como base o construto realizado ao longo da presente pesquisa. Outrossim, essas exposições serão feitas tendo como hipótese fundamental que o princípio do devido processo legal é a viga mestra para realização do processo civil e se aproveitando dos requisitos decisórios e procedimentais traçados pelo frankfurtiano:

[...] Habermas não distingue, numa teoria processual do direito democrático, processo, procedimento (ação), direito-de-ação e jurisdição, dificultando-lhe a delimitação do que seja a procedimentalidade jurídica tão significativa à sua [...] postura de relação de cooriginariedade entre Moral e Direito na construção da racionalidade discursiva fundante da democracia. Ao que se pode aduzir de suas lições, procedimento seria uma estrutura institucional caracterizada pelos atributos de juridicidade na estabilização decisória da conduta no plano temporal, social e material, não se afirmando por conteúdos jurídico-demarcatórios (normativos) dos juízos argumentativos (comunicativos) da lógica das decisões.⁸²⁸

Uma teoria discursiva do processo civil que tenha como estuário a abordagem de Habermas, quanto ao agir comunicativo, deverá cumprir dois requisitos específicos. O primeiro é o de uma fundamentação interna, enquanto formação procedimental do direito vigente pelo discurso, e o segundo consiste na fundamentação externa, que é obtida sob condições comunicativas que permitam a vitória do melhor argumento, até os limites de um juízo imparcial. A partir de Habermas, é possível reivindicar que as normas do processo civil

⁸²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.152

se comportem como normas procedimentais em um sentido discursivo e façam a convergência de todas as situações favoráveis para que o processo judicial seja um ambiente propício à argumentação jurídica.⁸²⁹ Afinal, “as ordenações jurídico-processuais institucionalizam a prática das decisões judiciais de tal forma que a sentença e sua fundamentação possam ser entendidas como resultado de um jogo argumentativo programado de maneira peculiar”.⁸³⁰

Caberá ao processo civil, nessas circunstâncias, compensar as relações comunicativas incertas, o que é viabilizado pela adoção de regras e de princípios que são capazes de conferir legitimidade aos discursos de validade e de aplicação. Todavia, não basta que o processo seja visto em sua imanência de conceder uma resposta ao caso concreto, há nele o requisito de uma transcendência que faz com que o juízo seja imparcial e suficientemente aberto para acolher os argumentos dos participantes da atividade processual. Ou seja, a decisão precisa transcender o caso concreto e trazer melhorias para o próprio direito⁸³¹, o que se justifica na sistemática dos precedentes judiciais e que confere um novo grau de legitimidade ao poder judiciário, se os elementos procedimentais forem levados a sério. É possível aproximar essas proposições com os dizeres de Habermas acerca do pressuposto de coerência:

[...] as interpretações dos casos particulares, cumpridas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma de comunicação de um discurso cuja constituição sócio-ontológica permite que a perspectiva dos participantes e a perspectiva dos parceiros do direito não implicados, representadas por um juiz imparcial, possa se transformar uma na outra. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, exigido para as interpretações construtivas, não se deixa abarcar por caracterizações puramente semânticas, remetendo-nos a pressupostos pragmáticos de argumentação.⁸³²

Os pressupostos pragmáticos da argumentação são tratados por Habermas como um dos fundamentos para a ética do discurso e formam o mínimo de regras necessárias para o desenvolvimento da atividade argumentativa. O jogo argumentativo dependerá, para funcionar, de regras que o fundamentem e sejam reconhecidas pelos participantes. O próprio ato de argumentar já pressupõe a aceitação da regra posta, a qual evita que contradições

⁸²⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 349

⁸³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

⁸³¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 350-352

⁸³² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 296-297

performativas ocorram no discurso. O conteúdo dessas regras deve ser exposto de maneira explícita e condicionar a justificação das normas e planos de ação construídos.⁸³³

No caso do direito processual civil, o pressuposto pragmático de argumentação máximo reside no princípio do devido processo legal, que se mostra como um fundamento básico para o desenrolar dos processos judicial, legislativo e administrativo. A possibilidade de aplicação democrática do direito precisará se reportar ao direito fundamental do devido processo legal que, por seu turno, deverá dar azo a instrumentos dialógicos que instituem um médium linguístico-jurídico para balizar o procedimento judicial. O processo, enquanto espaço deliberativo, dependerá deste requisito para que participem da discussão preparatória da decisão aqueles já habilitados e aqueles que podem se habilitar para tanto.

Por conseguinte, a necessidade do devido processo legal estará imbricada no dever de legitimidade do próprio sistema jurídico. A validade constitucional das decisões judiciais tem seu nascedouro no devido processo legal, a partir do qual os fundamentos procedimentais processualizados – na forma de pressupostos de coerência, como dito anteriormente – traçam as balizas para a institucionalização discursiva do processo judicial.

Conforme explicado nos itens 4.3.2 e 4.3.3, ambos do quarto capítulo desta pesquisa, o direito brasileiro, na sua conjuntura atual, insere, através do devido processo legal, o processo civil para o campo da soberania popular. Esse movimento conduz para a democratização do processo civil, tratado enquanto garantia do cidadão e instrumento de participação ativa na jurisdição.⁸³⁴ Essa perspectiva é concretizada a partir da constitucionalização dos princípios processuais que são direitos fundamentais do cidadão e da criação de normas infraconstitucionais que pretendem concretizar os ditames constitucionais.⁸³⁵

Diante deste cenário, pode ser verificada a identidade da sistemática processual com o princípio do discurso de Habermas, cuja inserção viabiliza a institucionalização jurídica do próprio processo civil, o que concederá a legitimidade para o exercício democrático da jurisdição. As instituições propositivas do processo, que são decorrentes do devido processo legal e corporificadas pela cooperação processual, cumprem o atendimento dos requisitos para produção de decisões corretas, consistentes e que permitem uma livre argumentação dentro

⁸³³ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 118-120

⁸³⁴ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 122-123

⁸³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 159-160

dos princípios e regras processuais estabelecidos. Em outras palavras, é através dessa metalinguagem, oriunda do devido processo legal, que o processo civil corporifica um espaço para reconstrução e reafirmação do direito.⁸³⁶

Sintetizando:

Se o princípio do discurso só obtém sua neutralidade deontológica pela procedimentalidade criteriológica do contraditório, isonomia e ampla defesa em suas bases institutivas à busca do melhor argumento, é este, por conseguinte, o enunciado lógico discursivo democrático (princípio da democracia), que se descreve como possibilidade positivada (decidida) de manejo irrestrito de correção ou confirmação processual do sistema jurídico adotado.⁸³⁷

De outro giro, o devido processo legal também pode ser conformado como um dos direitos fundamentais que Habermas elenca para que o código jurídico considere a pessoa enquanto sujeito de direito. Na primeira categoria de direitos fundamentais, Habermas identifica aqueles direitos que são “resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”⁸³⁸. E, logo em seguida, afirma:

As pessoas de direito só podem exercer a faculdade de queixa e, assim, mobilizar as autorizações ao uso da força acopladas a seus direitos caso tenham livre acesso a tribunais que operem de modo independente e efetivo, decidindo os casos de litígio com imparcialidade e autoridade no âmbito das leis. À luz do princípio do discurso, portanto, podem ser fundamentados direitos básicos à justiça, que assegurem a todos a mesma proteção jurídica, igual direito de serem ouvidos, igualdade na aplicação do direito, isto é, igualdade perante a lei etc. Resumindo, pode-se constatar que o direito a iguais liberdades de ação subjetivas, com os correlatos direitos de pertencimento e garantias processuais, estabelece o código do direito enquanto tal.⁸³⁹

Enquanto viga mestra do processo civil, o devido processo legal é o que permite, tanto como princípio quanto como um direito fundamental, que as condições procedimentais mínimas sejam estabelecidas. Isto garante ao cidadão o acesso à justiça materializada na própria ordem valorativa expressa pela dignidade de pessoa humana em sua projeção para o devido processo legal.⁸⁴⁰ Consoante discutido anteriormente, como o devido processo legal encontra sua concretização na cooperação processual, é possível ingressar, com maior segurança, na aproximação da teoria de Habermas com a seara do direito processual civil.

⁸³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p.149-150

⁸³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p.172

⁸³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 172

⁸³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 175

⁸⁴⁰ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002. p.49

5.5 UMA APROXIMAÇÃO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL COM OS ELEMENTOS TEÓRICOS DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

Antes de prosseguir, é necessária uma reiteração da advertência feita acima, acerca desta pesquisa não ter o objetivo de aplicar, em sua totalidade, as proposições de Habermas ao processo civil brasileiro ou a imposição de um agir comunicativo aos atores processuais. O que se busca é uma reconstrução do processo civil a partir da teoria do agir comunicativo para identificar os pontos de aproximação e distanciamento entre ambas, o que será feito nesta seção, a partir dos institutos processuais correlacionados à cooperação processual.

Sendo assim, esta pesquisa verificou, ao longo do quarto capítulo, que a concretização do devido processo legal no âmbito da decisão judicial é realizada pela cooperação processual, cuja estruturação é de norma fundamental do processo. A intenção do legislador, ao elaborar Código de Processo Civil de 2015, é levar a sério a corporatura da constitucionalização do devido processo legal enquanto fator de legitimidade das decisões judiciais. Daí a cooperação processual servir à realização destas finalidades pela delimitação de uma comunidade de trabalho, na qual os sujeitos processuais devem cooperar com o próprio processo.⁸⁴¹ Cumpre destacar que, por ter sido elaborado com ampla abertura em audiências públicas, inclusive consultados as principais referências do processo civil, há uma legitimidade procedimental ao próprio Código de Processo Civil, o que remete à proposta habermasiana da elaboração do direito em diálogo com a esfera pública.

Tomando nota que a cooperação processual se espraia em diversos institutos que são empregados pelo legislador ao longo do Código de Processo Civil, é crível a inserção do componente discursivo em estatutos como o contraditório substancial, o saneamento compartilhado e a rede de deveres e ônus participativos que envolvem os sujeitos que compõem a chamada comunidade de trabalho processual. Ora, a submissão das partes ao ônus de cooperação e ao julgador e demais sujeitos ao dever de cooperação cria uma limitação, ainda que não seja total, para o agir estratégico e forma uma rede de estímulo para que a ação comunicativa ocorra.

Isto se mostra extremamente relevante, pois o processo gira em torno da lide, enquanto pretensões resistidas a partir de interesses conflitantes, e reforça o próprio papel de médium do direito que promove a “regulação normativa de interações estratégicas, sobre a

⁸⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 345-355

qual os próprios atores se entendem”.⁸⁴² A metalinguagem do direito processual, servindo de pressuposto pragmático da argumentação, institui, sem interferir no conteúdo dos atos processuais, a estrutura comunicativa mínima para desenvolvimento do processo se valendo da cooperação processual como um dos seus alicerces.

Desta maneira, institutos como o contraditório substancial, a carga dinâmica do ônus da prova, o saneamento compartilhado⁸⁴³ – que permite às partes definirem a questão de fundo a ser julgada – e a própria sistemática dos meios adequados de resolução de conflitos⁸⁴⁴ são exemplos de como o agir comunicativo pode ser estimulado no âmbito processual, sem riscos de uma eticização irreal. De outro talante, a vedação às decisões por emboscada, as regras de suspeição e impedimento do juiz, a decretação de nulidade das decisões não fundamentadas, as sanções por litigância de má-fé e condenação dano processual, o abuso de direito, as tentativas de fraudar a execução, e a multa por interposição de recurso meramente protelatórios podem ilustrar mecanismos de limitação ao agir estratégico endoprocessual.

O papel do processo judicial como um limitador do agir estratégico se faz presente na análise habermasiana: “Pode-se verificar, em resumo, que as ordens processuais regulam de forma relativamente estrita a averiguação dos fatos concentrada nas práticas probatórias, possibilitando às partes uma relação limitadamente estratégica com o direito”.⁸⁴⁵ O agir estratégico a ser limitado é aquele que pode causar prejuízos ao próprio processo, sendo permitidas, por critério de exclusão, as demais ações estratégicas.

Afinal, não é possível acreditar na ingenuidade de que as partes não vão agir estrategicamente no âmbito do processo, ante a presença de interesses divergentes. A figura do agir estratégico tende a ser limitada para que as regras processuais sejam seguidas e respeitadas, com o escopo de materializar a igualdade processual e compatibilizar os poderes processuais de todos que compõem a comunidade de trabalho processual.⁸⁴⁶ Inclusive é possível criticar a própria leitura feita pelos instrumentalistas, com esteio na interpretação habermasiana do processo, que resvalam nessa eticização processual ao analisar o papel da cooperação das partes com o juízo:

⁸⁴² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 61

⁸⁴³ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 160-167

⁸⁴⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 314-365

⁸⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 306

⁸⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 496-498

[a leitura dos instrumentalistas] sobre a dinâmica processual não corresponde ao esperado para um paradigma de Estado Democrático de Direito em sua leitura procedimental, pois recai em uma leitura eticizante [...] exigindo a “efetiva” participação das partes, não como ônus (faculdade) das partes, mas como uma necessidade concreta de cooperação com o juízo, que deve se “despir de suas máscaras” para auxiliar a elaboração da decisão do magistrado, pondo-se estas a serviço do último. Habermas, lembrando-nos de que o direito deve conservar a tensão entre facticidade e validade, criticaria posições como esta, já que perdem de vista que a possibilidade de ações estratégicas por parte das partes – todavia, limitadas pelo ordenamento jurídico – é uma naturalidade que não pode ser eliminada no direito moderno. Assim, não há exigência normativa para que as partes dialoguem e achem de maneira ética. O próprio direito processual ao criar a figura do “abuso” permite a fixação desse espaço para a ação estratégica.⁸⁴⁷

Como o próprio Habermas explica, ao retomar as críticas à tese do caso especial defendidas por Alexy, as partes não podem ser obrigadas a agir comunicativamente, inclusive existe a possibilidade de terem empregado o “uso estratégico de argumentos capazes de consenso”. Daí pensar na cooperação das partes com o próprio processo, de modo que a ação comunicativa, via de regra, se dá em um sentido fraco, a partir do discurso institucionalizado e guiado pelo pressuposto pragmático do devido processo legal. Trata-se de cumprir as regras do jogo pelas quais o processo é desenvolvido. Essa assunção se enquadra no pensamento de Habermas, pois a pretensão da decisão correta somente ocorre “por um procedimento argumentativo de busca cooperativa da verdade”⁸⁴⁸, dado que,

[...] todos os participantes no processo, independentemente dos motivos pelos quais se orientam, trazem contribuições a um discursivo que serve à obtenção de um juízo imparcial pela perspectiva do juiz. E apenas essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.⁸⁴⁹

Com vistas ao que foi explicado acima, vale destacar que a perspectiva mencionada por Habermas, ao que parece, não é aquela, exclusivamente, pela figura do sujeito processual juiz, mas sim pelo ponto de vista do estado-juiz, cuja jurisdição é exercida e guiada por princípios constitucionais, que orientam a legitimidade da decisão judicial. Desponta, nesses trilhos, mais uma vez, o uso da perspectiva procedimental como um viés paradigmático adequado às expectativas constitucionais do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Isso significa dizer que as partes não são obrigadas a agir comunicativamente entre si, havendo a possibilidade de agirem estrategicamente. Todavia, não se pode duvidar de que o processo alinhado com um perfil procedimental, democrático policêntrico e

⁸⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51

⁸⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 295

⁸⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 299

comparticipativo pressupõe um compromisso das partes com o próprio processo civil. Há um necessário “respeito à participação dos sujeitos processuais num ambiente de boa-fé normativamente controlada”⁸⁵⁰, de modo que tudo aquilo que seja configurado como “abuso de direito processual, condutas dolosas dos sujeitos processuais, comportamentos contraditórios no processo”⁸⁵¹ ou, que viole alguns dos deveres cooperativos explicados no capítulo anterior configurará uma espécie de agir estratégico a ser coibido. Por via transversa, as práticas que não se enquadrarem nas situações acima mencionadas, nas quais fique latente a má-fé do sujeito processual, mesmo que não se enquadrem em um agir orientando ao consenso ou entendimento mútuo, serão toleradas.

Sobre a relação entre cooperação processual e os limites da teoria do agir comunicativo no âmbito processual, Nunes, Bahia e Pedron já cuidaram de desmistificar a falácia de que, em face da cooperação processual, haverá um fantasmático agir comunicativo constante no âmbito das relações processuais. Não obstante, esperar uma total eticização do processo seria recorrer à exacerbação da instrumentalidade processual, de modo que o processo assumirá feições inquisitoriais e até mesmo ditatoriais, dado que caberá o juiz censurar todo e qualquer comportamento das partes.⁸⁵² Nesse sentido, dizem os autores:

A cooperação também não é uma visão romântica que induz à crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica singularidade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão a sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios. Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos), a cooperação deve ser relida democraticamente (art. 6º CPC/2015) em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa (arts. 9º, 10, 933, todos do CPC/2015), de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões (art. 148, CPC/2015) e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual (arts. 79 a 81, CPC/2015). A correção normativa que se extrai da participação (ou cooperação desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado a boa-fé normativa. Nesses termos, não é possível mais ler, sob a égide do CPC/2015, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual.⁸⁵³

⁸⁵⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 299

⁸⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 467

⁸⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49-52

⁸⁵³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 300

Em uma perspectiva comparada, o direito processual alemão também não trabalha com uma ideia simplificada da cooperação processual, de modo que não pode ser reduzida a uma simples “colaboração harmônica” entre as partes. O que é exigido, na realidade, é a “cooperação como uma exigência das partes adotarem um comportamento adequado à discussão da solução das questões suscitadas no processo, em regime de participação, com o juiz”. Logo, não há um “companheirismo processual”, pois uma parte não é obrigada a garantir uma vitória facilitada a outra e nem o juiz poderá ser um “terapeuta social”.⁸⁵⁴

Com outras palavras, para que as partes tenham condição de contribuir argumentativamente na decisão a ser construída com o magistrado e exercer o contraditório por influência, haverão de cumprir a regra da cooperação. É através das questões ventiladas pelas partes que a legitimidade procedimental da decisão de mérito é formada e a participação desse jogo argumentativo presume, novamente, o cumprimento do devido processo legal, enquanto pressuposto pragmático do processo civil. Inclusive, têm-se evidências, até o momento, de que a busca cooperativa pela verdade, que Habermas menciona ao tratar do discurso jurídico, possui aproximações com aquela definida pelo Código de Processo Civil.

Em súmula, a ponte entre Habermas e a cooperação processual ocorre mediante o pressuposto de que os componentes da comunidade de trabalho devem ser compromissados com o processo enquanto um construto fechado a questões externas àquelas que são exclusivamente jurídicas, o que implica na proibição de condutas contrárias à boa-fé processual e antiooperativas. A discussão, no campo processual, deverá ficar sempre na prevalência de teses jurídicas e jamais na produção de prejuízos extremos para a parte contrária, já que o próprio procedimental do processo civil é um ponto de consenso sobre a resolução do litígio.⁸⁵⁵

Contudo, um ponto de afastamento que pode ser identificado está na verificação que Habermas faz ao fechar suas considerações sobre a teoria da decisão que constrói: “o discurso jurídico das Cortes se desenvolve em um vácuo do direito processual, de modo que a produção do juízo parece confiada meramente à capacidade profissional dos juízes”⁸⁵⁶. A

⁸⁵⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Cooperação processual não é “companheirismo processual”. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 227

⁸⁵⁵ RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: procedimento comum**. Volume II. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 294

⁸⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 306

perspectiva da cooperação processual, como trabalhada no Código de Processo Civil, na verdade, mitiga o ônus do juiz na construção solitária da decisão, como o próprio Habermas diz ao tratar de Dworkin, o juiz Hércules precisa se colocar ao diálogo, assim como os demais julgadores.⁸⁵⁷

Nesta senda, a produção probatória é um benefício que permite ao proponente comprovar a veracidade do que expõe e, ainda que seja direcionada ao juiz, a valoração da prova poderá ser construída dialógica e participativamente, com vistas ao grau de correção e legitimidade da decisão.⁸⁵⁸ Dentro de uma perspectiva discursiva que leve o devido processo legal a sério, haverá o dever do magistrado cooperar com as partes na valoração das provas no limite da argumentação desenvolvida. O controle da valoração e o exercício adequado do contraditório por influência serão verificados pela fundamentação da decisão.⁸⁵⁹ De outro giro, deverão as partes, a despeito de seus interesses antagônicos, cooperarem com o próprio processo civil, ante o modelo policêntrico no qual cada sujeito da comunidade de trabalho tem autonomia em seu papel.

Encerrada a presente etapa, incumbe a essa investigação trabalhar com as consequências para o processo civil de uma reconstrução da cooperação processual sob lentes habermasianas. Assim, na próxima seção deste texto, serão discutidas a questão da fundamentação da decisão frente à institucionalização dos precedentes judiciais e a questão do *accountability* do julgado, o qual pode ser feito tanto pela sociedade civil quanto pela comunidade científica.

5.6 AS CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO PARA O PROCESSO CIVIL

Sintetizando tudo que foi discutido até então, é possível compreender que o modelo processual vigente no Brasil pode ser reconstruído a partir da teoria procedimental da decisão judicial de Habermas, considerando a cooperação processual como potência emancipatória. Cabe ao devido processo legal, enquanto pressuposto pragmático da argumentação, promover

⁸⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 295

⁸⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 20-23

⁸⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Seção II: Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Orgs.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1232-1235

o mínimo de regras procedimentais para que o discurso jurídico se desenvolva, considerando que se trata de uma modalidade de discurso institucionalizado a partir de regras próprias.

Enquanto princípio, a cooperação processual orienta a condução do processo civil, seja no campo comportamental da comunidade de trabalho, seja no nível de aplicação dos demais institutos processuais. Caberá, assim, aos sujeitos processuais cooperarem com o processo para que se encontre a "verdade" ou "única resposta correta", a qual será expressa em uma decisão judicial construída procedimentalmente. Em sendo assim, será necessário, agora, discutir as consequências dessa reconstrução discursiva-comunicativa da teoria processual para a conjuntura do processo civil brasileiro, notadamente quanto aos possíveis ganhos de legitimidade para as decisões judiciais.

Ao tratar da gênese discursiva do direito, Habermas envelopa as normas jurídicas em uma sistemática procedimental que condiciona a capacidade de integração social do aparato jurídico com a sua legitimidade.⁸⁶⁰ Inserindo essa premissa no que foi discutido acima, a cooperação processual poderá trazer um ganho preliminar no fator da integração social, pois existe um agir comunicativo, forte ou fraco, a depender do próprio procedimento discursivo adotado no processo. Vale destacar que essas considerações também se aproveitam de uma lacuna secundária no pensamento de Habermas, que deixa de esmiuçar como deverá ocorrer o debate entre os atores comunicativos, restringindo-se a tratar dos pressupostos teóricos do discurso. Há, portanto, um silêncio sobre o procedimento discursivo a ser seguido, principalmente no que concerne à discussão entre premissas adotadas e conclusão.⁸⁶¹

Neste conspecto, o processo judicial é uma manifestação da racionalidade coletiva, ante a construção de que a decisão se dá pelo intercâmbio argumentativo e cooperativo que ocorre pelo amplo debate acerca das questões fáticas e jurídicas. No término do processo, caberá ao julgador decidir sobre as premissas lançadas por cada uma das partes até chegar ao desfecho conclusivo materializado na decisão terminativa de mérito.

Afora a dinâmica ilocucionária dos atos processuais entre partes e julgadores, quando a decisão for proferida por uma instância colegiada, o julgado precisará, para manter sua legitimidade, ser construído a partir de um debate em torno das premissas individualmente constituídas para, somente então, verificar pelo critério majoritário o que prevaleceu em torno daquela premissa. Assim, é valorizada a razão pública e se permite auferir um conteúdo

⁸⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 516-524

⁸⁶¹ PETTIT, Philip. Deliberative democracy and the discursive dilemma. **Philosophical Issues**, (supp. to *Nous*), v. 11, p. 268-299, 2001. p. 268

mínimo que consubstanciará a formação dos precedentes judiciais e terá esteio na legitimidade procedimental.⁸⁶²

Essa interpretação discursiva e cooperativa do processo se coaduna com as exigências do Estado Democrático de Direito, de modo que as decisões judiciais devem ser pautadas por uma legitimidade que nasce de uma integral participação, por todos os interessados, nos procedimentos deliberativos.⁸⁶³ Desta feita, os destinatários da decisão poderão contribuir discursivamente, dentro de uma busca cooperativa, com a sua visão daquela temática – o que se torna ainda mais importante quando diante do processo coletivo, das ações do controle de constitucionalidade ou dos casos difíceis. Somente nesta toada é que se torna possível alcançar, para os membros da comunidade de trabalho, a decisão correta, consistente e procedimentalmente adequada, como propugna o arquétipo de Habermas.

Diz o filósofo frankfurtiano:

[...] assim como os procedimentos democráticos no âmbito da legislação, as ordens jurídico-procedimentais relativas à aplicação do direito devem compensar a falibilidade e a incerteza das decisões resultantes do fato de que os exigentes pressupostos comunicativos dos discursos racionais só podem ser cumpridos de maneira aproximada.⁸⁶⁴

É nesse anteparo teórico que desponta a justificativa para a exigência da fundamentação da decisão judicial, elemento que inclusive encontra respaldo nos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 489, do Código de Processo Civil, conforme abordado no tópico 3.3.5. As exigências de uma jurisdição procedimentalmente democrática implicam em uma revisão da forma de fundamentar as decisões, que não podem mais ser encaradas como a estrutura silogística que enlaça a conclusão contida no dispositivo com sua fundamentação: nesse sentido, a jurisdição precisará tanto ser convencida pela comunidade de trabalho quanto convencer aos jurisdicionados e aos cidadãos como um todo. A fundamentação decisória faz com que a discussão argumentativa desenvolvida ao longo do processo seja posta, a um nível pragmático, na realidade fática.⁸⁶⁵

A racionalidade da decisão está imbricada nos fundamentos que foram apresentados pela comunidade e permitem controlar os proferimentos dos órgãos jurisdicionais e, em um primeiro nível, coibir arbitrariedades, a partir da própria autorreflexão proporcionada pelas

⁸⁶² LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002. p. 98-106

⁸⁶³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 217-220

⁸⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 303

⁸⁶⁵ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 251

vias recursais. Com isso, a questão é devolvida para que o próprio tribunal reavalie os argumentos e as questões pertinentes ao caso concreto, dentro das regras processuais e procedimentais vigentes. Daí, mais uma vez, se falar no dever de fundamentação como uma garantia fundamental do jurisdicionado e um direito fundamental do cidadão.

O ideário acima vai ao encontro do duplo desdobramento da fundamentação das decisões, um de ordem endoprocessual e outro de ordem exoprocessual. A primeira é direcionada aos próprios litigantes e a segunda para toda a sociedade.⁸⁶⁶ Consoante explicado, o julgador precisará convencer tanto a comunidade de trabalho quanto os membros da sociedade civil sobre aquela decisão, ainda mais considerando que aquele julgado poderá servir como um precedente em um caso futuro.

Retomando a ideia de que o devido processo é o fundamento pragmático da argumentação jurídica, o dever de motivar as decisões, no nível endoprocessual, poderá ser encarado como um ônus argumentativo e ilocucionário do magistrado, que precisará, desta vez, convencer a comunidade de trabalho sobre o resultado da busca cooperativa pela decisão. Pela fundamentação, os atores processuais terão a oportunidade de confrontar os atos ilocucionários que praticaram ao longo do texto com o resultado decisório.

Na perspectiva endoprocessual, a consequência disto é que a decisão judicial deverá ser um texto construído pelas diferentes vozes dos atores processuais e que deverá fazer remissão expressa aos enunciados contidos nos atos ilocucionários desenvolvidos ao longo do processo judicial. Em termos discursivos, a verificação dos argumentos poderá ocorrer desta maneira, o que concretiza, em certa medida, a legitimidade procedimental pretendida pela reconstrução habermasiana da cooperação processual aqui pretendida.

O elemento da polifonia se torna ainda mais importante quando pensado no âmbito dos processos coletivos, em sentido amplo, quando há participação da sociedade civil na condição de *amicus curiae*. Ou seja, as decisões proferidas nos processos coletivos em sentido estrito, no processo estruturante, no controle de constitucionalidade abstrato, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e de inconstitucionalidade vão obter sua legitimidade, em última análise, do enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelo canal comunicativo aberto através dos *amicii curiae*, cujas vozes devem constar no julgado. Além de viabilizar a deliberação interna da decisão, será através desse mecanismo que se poderá falar nos efeitos da deliberação externa, mormente o fator exoprocessual da cooperação processual que será discutido nas próximas seções.

⁸⁶⁶ WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 142-143

Em sendo assim, traduzindo em miúdos, a decisão judicial enquanto discurso polifônico deverá conter as vozes, expressas nos atos de fala produzidos por todos os membros da comunidade de trabalho. Nesse construto realizado pelo juiz, deverá haver uma consideração da consciência de cada um dos sujeitos processuais e igual respeito a todos os argumentos que são veiculados ao longo da marcha processual. Ainda que o juiz seja o regente, a sua conclusão derradeira deverá enfrentar todas essas vozes, dentro do contexto do processo, e identificar qual aquela que contempla o melhor argumento, justificando, mediante a fundamentação da decisão, o exato motivo daquele embasamento ter se sagrado vitorioso no debate. Desta feita, se fecha o processo do convencimento endoprocessual da jurisdição, com respeito à liberdade e à igualdade comunicativas que são exigidas pelo devido processo legal.

Por outra banda, para compreender o campo exoprocessual da decisão judicial, é necessário fazer duas novas incursões. A primeira, em como precedentes judiciais construídos comunicativamente podem trazer ganhos para a reconstrução do direito, e a segunda, em como se dá a legitimidade no campo exoprocessual, a qual é direcionada para a sociedade, considerando o *accountability* da decisão.

5.6.1 A formação comunicativa dos precedentes judiciais e a otimização do direito

Por Habermas adotar Dworkin como uma referência base na construção da teoria de decisão exposta ao longo da obra *Facticidade e Validade*, surge uma preocupação reflexa com o retorno do direito aplicado pela jurisdição para o próprio estamento normativo.⁸⁶⁷ Como o romance em cadeia de Dworkin preconiza a ‘reconstrução’ do ordenamento jurídico a partir dos precedentes anteriores, por uma reconstrução habermasiana, há imperativo semelhante para o processo civil procedimental.

O primeiro ponto da abordagem aqui pretendida, quanto aos efeitos exoprocessuais da fundamentação da decisão, envolve exatamente como a formação comunicativa dos precedentes pode contribuir para a otimização do direito vigente. É neste ponto que o presente item irá se debruçar, considerando, primeiramente, o conceito e a estrutura dos precedentes judiciais e, em ato contínuo, a maneira que a fundamentação da decisão construída comunicativamente poderá impactar a sistemática vigente a partir do Código de Processo Civil de 2015.

⁸⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 300-302

O legislador brasileiro, ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015, demonstrou forte preocupação na preservação da segurança jurídica, na uniformização dos julgados e na coesão e integridade das jurisprudências. Isso se reflete no art. 926 da dita legislação: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Se, de um lado, o Código se preocupa com a criação de decisões baseadas na cooperação processual, de outro, tecerá os mecanismos e os procedimentos que serão utilizados para a aplicação destes julgados em casos futuros.

Pelo recurso ao direito jurisprudencial, o Código de Processo Civil de 2015 finda em criar um sistema de precedentes judiciais, ainda que da imprecisão terminológica do legislador, por termos como “jurisprudência”, “súmula” e “precedente” serem confundidos.⁸⁶⁸ Pela sistemática dworkiana, em resumo do que foi explicado nos itens 2.2.3.1 e 2.3, a expectativa é que o juiz enfrente os precedentes anteriores, em sua decisão, para manter o mínimo de segurança jurídica, coerência e pertinência do julgado com a estrutura normativa-jurídica.⁸⁶⁹ Isto denota tanto a abordagem prospectiva quanto retrospectiva dos precedentes, pois os juristas de hoje olham para as decisões do passado, da mesma maneira que as decisões de hoje serão olhadas pelos juristas do amanhã.⁸⁷⁰

Antes de prosseguir, é preciso destacar que o precedente nasce da reconstrução normativa do ordenamento jurídico dentro de um determinado caso em concreto, consoante se explicará em seguida. De seu turno, a jurisprudência consiste nas decisões reiteradas de um tribunal e que fornece critérios de julgamento à corte. Por fim, as súmulas são os extratos de uma série de decisões que formam a jurisprudência, as quais condensam precedentes de um mesmo sentido.⁸⁷¹

Os precedentes, em sua essência, são as decisões judiciais produzidas dentro de um caso concreto e que poderão servir de parâmetro para casos semelhantes. Há, nas decisões judiciais, um duplo direcionamento enquanto norma jurídica: um generalista como precedente e outro individual como solução do caso concreto. O trabalho com precedentes judiciais, dentro de um ordenamento jurídico, está diretamente ligado à questão da fundamentação das

⁸⁶⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 217-221

⁸⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238-241

⁸⁷⁰ SCHAUER, Frederik. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 50

⁸⁷¹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. A fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 668-669

decisões, ainda que com esta não se confunda, ante a necessidade de extrair uma razão de decidir – ou *ratio decidendi* – do julgado. A razão de decidir é a tese jurídica que foi construída frente àquela situação fática e que pode servir para resolução de casos futuros.⁸⁷² Ademais, a *ratio decidendi* é ampara dos argumentos jurídicos acessórios – *obiter dicta* – que que não dizem respeito ao nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão.⁸⁷³

O elo entre a argumentação jurídica e a formação do precedente tende a reforçar a legitimidade deste. A princípio, os precedentes são cumpridos pelo fato de terem sido produzidos por determinada fonte e não, necessariamente, pelo seu conteúdo, que pode corresponder tanto a uma ótima argumentação quanto empregar argumentos precários. No direito brasileiro, o cumprimento se dá a partir da legislação, pois há uma sistemática determinada pelo Código de Processo Civil. Inclusive, isso difere do uso de precedentes como ocorre no direito americano, pois lá sua formação e utilização decorrem da resolução de casos e apresentam uma força persuasiva que pode influenciar os julgadores em decisões futuras.⁸⁷⁴

O recurso aos precedentes impõe a necessidade de mitigar o ônus argumentativo do julgador através da participação discursiva dos sujeitos processuais, para ampliar a legitimidade do precedente – assim como propõe Habermas em relação ao juiz Hércules⁸⁷⁵. A tese jurídica empregada deverá ser justificada muito antes pelos sujeitos processuais e destinatários da decisão do que pelo julgador, que atuará dentro de uma inércia argumentativa, se manifestando sobre os argumentos veiculados em juízo.⁸⁷⁶

Sob o ponto de vista filosófico, ao ser construído comunicativamente, o precedente judicial permite que a jurisdição se comporte como um espaço de interlocução. A construção solitária e solipsista dos precedentes confiaria demasiadamente em um magistrado eivado pela abordagem epistemológica da filosofia da consciência. Não há, pelo modelo aqui proposto, espaço para apropriações do direito pelo julgador, pois existe necessidade de uma construção democrática da própria decisão. Muito menos resiste a possibilidade, por parte do juiz, de uma

⁸⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 455-456

⁸⁷³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 57, pp. 17-52, 2015. p. 29-30.

⁸⁷⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 161-172

⁸⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 290-293

⁸⁷⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 357-359

postura paternalista – prática essa, inclusive, rechaçada pela proposta de Habermas ao trazer a ideia de uma cooriginalidade entre as autonomias pública e privada do cidadão.

Nesse ponto, deverá a jurisdição se valer da via discursiva para se aproximar, o máximo possível, da legitimidade do poder legislativo, mormente a possibilidade do juízo se deparar com casos difíceis, que imponham a necessidade de construir, procedimentalmente, a resposta correta. Portanto, pode o judiciário, na sua atividade reconstrutiva a partir dos precedentes, decidir de maneira mais democrática, desde que divida o fardo argumentativo com os destinatários da decisão.⁸⁷⁷ Somente através de uma decisão construída comunicativamente que é possível pensar na ideia de precedentes judiciais verdadeiramente legítimos, com assento na ideia de que o devido processo legal é de titularidade da soberania popular e, ao mesmo tempo, um pressuposto pragmático.

Em outro pórtico, em termos dogmáticos, a sistemática cooperativa traz como consequência direta o afastamento da cultura reprodutora de decisões tribunalísticas. Trata-se de uma situação na qual não se debate previamente a decisão paradigmática, o que prejudica o próprio manuseio de precedentes, pois a relação entre o paradigma e o caso concreto não é estabelecida satisfatoriamente. A devida fundamentação da sentença, cuja produção se dá cooperativa e comunicativamente, tem maior aptidão de generalidade sem que o juiz se aproprie da realidade ou seja um mero reprodutor do direito pré-estabelecido.⁸⁷⁸ Essa proposta encontra assento no Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório".

Desta feita, a cooperação processual, pelo viés comunicativo aqui proposto, permite realizar, adequadamente, o devido processo legal e garantir o acesso da comunidade de trabalho à própria decisão. Portanto, a cooperação processual deverá ser vista “como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado)”.⁸⁷⁹ Esse entendimento pode abrir espaço para discutir, a partir da cooperação processual, sob o eixo do agir comunicativo, uma dimensão argumentativa do acesso à justiça.

O acesso à justiça corresponde ao direito humano fundamental de um sistema jurídico igualitário e garantidor dos direitos de todos, através da aptidão em dar efetividade

⁸⁷⁷ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 252-253

⁸⁷⁸ MACEDO, Lucas Buriel de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. **Civil Procedure Review**, v.4, n.3: 122-152, sep-dec., 2013. p. 145-147

⁸⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 485

aos direitos por intermédio do processo civil e pela função social da técnica processual.⁸⁸⁰ A exigência de um processo civil regido pelo agir comunicativo dos sujeitos processuais se mostra apta a ensejar uma cognição integral e eficiente do que lhes é posto. Daí sustentar a existência de uma nova perspectiva para o acesso a justiça, que pertine à circulação do poder comunicativo e dá à jurisdição uma conotação democrática e racional, possibilitando que sejam afastadas as formas de agir estratégico que coloquem o devido processo legal em risco. Mais do que salvaguardar direitos dos cidadãos, a jurisdição deve também salvaguardar o próprio discurso e mantê-lo livre de elementos colonizadores.

Ainda no domínio prático, a abordagem cooperativa otimiza a sistemática de aplicação, superação e confronto dos precedentes judiciais. O ponto inicial da aplicação é verificar a similitude entre o caso concreto e a tese jurídica construída no precedente, o que se chama de *distinguish*-método ou comparação-interpretação. Identificada a aplicação do precedente, deverá o julgador oportunizar que as partes se manifestem sobre a sua adequação ao caso concreto ou apontem fundamentos que ensejam a superação ou confronto da tese jurídica. De outro lado, quando verificado o *distinguish*-resultado ou distinção, haverá o confronto do precedente, a partir do qual se percebe que o caso concreto e paradigma não são análogos. O confronto ensejará ou em uma interpretação restritiva ou ampliativa do precedente ou até sua não incidência.⁸⁸¹ Quando da delimitação do *distinguish*-resultado, deverá, novamente, o juízo submeter a questão ao debate com as partes e analisar os argumentos e fundamentos apresentados.

Quando existem mudanças relevantes no direito vigente, é possível ocorrer a superação, que se dá por *overriding* ou *overruling*. Na primeira hipótese, o tribunal substitui, expressamente e justificadamente, o precedente existente, não sendo admitida a superação tácita ou a transformação de seu conteúdo, já que isto prejudica a coerência interna da corte e, na leitura deste trabalho, pode ser uma forma de agir estratégico. A substituição deverá ocorrer de maneira fundamentada, em amplo diálogo, inclusive com a possibilidade de audiência pública, a depender da matéria. Na segunda hipótese, ocorre revisão ou cancelamento de um precedente e pode acontecer de maneira concentrada ou difusa, a depender se há ou não um procedimento estabelecido, pela Corte, para realização do

⁸⁸⁰ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 11-13

⁸⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 504-506

overriding.⁸⁸² Assim como na hipótese de *overruling*, o tribunal deverá se colocar ao diálogo com a sociedade civil, coletando e enfrentando os argumentos que ensejam a superação, modificação ou cancelamento do precedente.

O último reflexo da proposição em torno do devido processo legal como pressuposto comunicativo e da cooperação processual como manifestação do agir comunicativo alcança a questão da pseudocolegialidade e os julgamentos mecanicistas nos tribunais e demais órgãos colegiados. Em tese, as cortes deveriam levar a colegialidade a sério, com um debate interno entre os julgadores sobre os fundamentos do julgado e as questões trazidas pelas partes. O que se identifica, em várias situações, é a produção de um voto monocrático pelo relator que é seguido pelos demais membros da corte, sem qualquer questionamento.⁸⁸³ Trata-se de uma forma de ação estratégica do tribunal que precisa ser combatida, até porque redundante em, muitas vezes, o próprio julgador não respeitar suas decisões anteriores.

A solução para a questão posta envolve superar a problemática da racionalidade coletiva, pois há o dever da corte deliberar sobre a temática em análise, partindo de uma preocupação comum em qual solução será preferida, de modo que todos os atores reflitam previamente sobre o teor de seu voto, considerando a sociedade como um todo. Prevalece aqui uma restrição dialógica, que impõe a condução aberta e livre de pressões externas ao discurso para as sessões deliberativas, com todos detendo iguais condições e oportunidades de fala.⁸⁸⁴

As cortes, na produção da jurisprudência dentro de uma sistemática deliberativa, sofrem com o dilema discursivo, ante as dificuldades de promover um julgamento coletivo que atenda padrões mínimos de racionalidade.⁸⁸⁵ O dilema discursivo é estruturado a partir de cinco implicações: a) existe a necessidade de chegar a uma conclusão, a ser decidida em grupo com esteio em conjuntos de premissas independentes, de modo que o endosso à conclusão depende da aceitabilidade das enunciações relevantes; b) cada membro do grupo faz um julgamento sobre cada uma das premissas e um exame correspondente sobre a conclusão; c) cada uma das premissas é apoiada pela maioria dos membros, a despeito dessas

⁸⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 507-510

⁸⁸³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 690

⁸⁸⁴ PETTIT, Philip. Deliberative democracy and the discursive dilemma. **Philosophical Issues**, (supp. to *Nous*), v. 11, p. 268-299, 2001. p. 269-271

⁸⁸⁵ PETTIT, Philip. Deliberative democracy and the discursive dilemma. **Philosophical Issues**, (supp. to *Nous*), v. 11, p. 268-299, 2001. p. 272

maiorias não coincidirem quando as asserções são analisadas de maneira avulsa; d) a interseção dessas maiorias apoiará a conclusão, e os outros a rejeitam, em vista de exposto na alínea “a”; e e) a interseção das maiorias é apenas uma minoria no grupo como um todo.⁸⁸⁶

Daí surge o desafio de agregar diferentes conjuntos julgamentos para formação de uma racionalidade coletiva. Neste afã, é necessário diferenciar reunião de conjuntos de julgamentos e ordens de preferência, eis que neste último as questões são tratadas de maneira independente, a partir das preferências de cada um dos participantes do processo decisório. Isto leva a uma estratificação de alternativas disponíveis, conquanto, nos julgamentos, as teses precisam ser interconectadas para formação de uma racionalidade coletiva.

Como subsiste uma equidade discursiva-argumentativa entre os atores, na resolução dos tópicos em debate e o confronto de ideias ocorre de maneira livre e sem emprego de argumentos de força, a legitimidade procedimental exige que as decisões colegiadas sejam tomadas a partir dos conjuntos de julgamentos e não das preferências particulares dos julgadores. Do contrário, ao empregar a visão particular dos juízes, surge o paradoxo doutrinário, no qual o resultado do julgamento é alterado pelo parâmetro majoritário em frentes distintas: se a consideração recai sobre as premissas ou sobre a conclusão per si. Diferentes maiorias podem surgir se consideradas as premissas individuais ou se o único critério utilizado for a conclusão dos envolvidos no processo decisório.⁸⁸⁷

Em outras palavras, ainda que os indivíduos decidam racionalmente sobre as questões postas, a aplicação do critério majoritário, de maneira simultânea nas premissas e conclusões, implicará na ruptura da racionalidade coletiva, ao inviabilizar o padrão de julgamento. Aliás, a própria aplicação do procedimento majoritário remonta a esse tipo de situação problema, tornando o resultado sujeito ao paradoxo acima mencionado.⁸⁸⁸

A partir disto, despontam duas situações que precisam ser equalizadas na junção dos conjuntos de julgamentos. A primeira dispõe sobre a necessidade receptiva das visões de cada um dos envolvidos nos julgados e a segunda trata da racionalidade mínima que deve ser exigida da própria reunião dos julgamentos. Quando não obtido o equilíbrio indispensável, a

⁸⁸⁶ PETTIT, Philip. Deliberative democracy and the discursive dilemma. **Philosophical Issues**, (supp. to Nous), v. 11, p. 268-299, 2001. p. 274

⁸⁸⁷ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002. p. 92-95

⁸⁸⁸ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002. p. 95-96

receptividade dos argumentos individuais coloca em xeque a racionalidade coletiva e vice-versa.⁸⁸⁹

Para solucionar o problema, como explicado em momento anterior deste texto, o ideal é que o debate tenha seu início nas premissas, consubstanciadas nas questões fáticas e jurídicas que são trazidas pelas partes e constantes no julgado recorrido, para delimitar, a partir do elemento majoritário, qual dos pressupostos que irá preponderar. Formado o consenso sobre as premissas adotadas, a corte passa a decidir a questão posta nos termos da regra de argumentação formulada – semelhante ao saneamento compartilhado –, o que torna a adoção um padrão racional de aplicação possível e permite afastar a substituição da colegialidade pelo juízo pessoal monocrático. O precedente prescindirá, dessa forma, de que o próprio tribunal assumira uma deliberação horizontal entre seus membros e construa o precedente de maneira polifônica, sob os ditames de um agir comunicativo que permita, única e exclusivamente, a vitória do melhor argumento.

Com outros dizeres, a cooperação alcança também os membros dos tribunais colegiados que deverão cooperar com o processo na realização dos julgamentos. A ideia aqui defendida é, na realidade, a existência de uma deliberação interna, que é caracterizada

pela argumentação desenvolvida entre os membros de um grupo com vistas à persuasão de todos no sentido da tomada de uma decisão. Deve haver uma troca de razões no interior do próprio grupo, de forma que cada um de seus membros possa oferecer e ao mesmo tempo ouvir argumentos em prol de uma determinada solução para o problema enfrentado.⁸⁹⁰

O modelo cooperativo para a deliberação interna implica no potencial deslocamento do modelo de votação *seriatim* puro ou não-deliberativo, então adotado pelos tribunais brasileiros, para o *per curiam* ou até mesmo para uma forma híbrida entre ambos. Sem o intuito de esgotar o tema, eis que fugiria ao escopo da presente pesquisa, cabe abordar a distinção entre os modelos, para, então, sinalizar qual é aquele que, sob a ótica da cooperação processual, dever ser implementado. Com efeito, no atual contexto do direito brasileiro, o modelo *seriatim* obsta a produção de um posicionamento da Corte, inviabilizando a extração da *ratio decidendi* e⁸⁹¹, por conseguinte, concretização da cooperação processual.

⁸⁸⁹ LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002. p. 98-104

⁸⁹⁰ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 331

⁸⁹¹ PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. p. 80

Primeiramente, vale destacar que os modelos *per curiam* e *seriatim* podem ser deliberativos ou não-deliberativos – também chamados de puros. O modelo *seriatim* não deliberativo configura uma verdadeira colcha de retalhos, pois cada julgador do órgão colegiado produz sua decisão, independente de qualquer comunicação com seus pares, tanto durante o julgamento quanto em relação aos fundamentos da decisão produzida. De seu turno, a votação *per curiam* não deliberativa, a decisão proferida é do próprio tribunal, sem preocupações éticas com a deliberação interna do colegiado e sem a existência de votos dissidentes. É possível uma via híbrida, na qual os julgadores publicam seus votos concorrentes e dissidentes, sem prejuízo à tese jurídica formada na corte. Já o formato *seriatim* deliberativo implica em um diálogo, ainda que incipiente, entre os julgadores, de modo que na *seriatim* deliberativa há um mútuo enfretamento argumentativo, de modo que as decisões produzidas "conversam" entre si. O modelo *per curiam* deliberativo pressupõe um amplo debate do órgão colegiado⁸⁹², o que possibilita uma verdadeira cooperação entre os julgadores e que atende aos requisitos do processo reconstruído comunicativamente.

A partir do modelo *per curiam* deliberativo, é possível trabalhar com uma dimensão da cooperação processual que vincula também os membros do órgão colegiado, que devem cooperar entre si e com o processo para construção democrática e comunicativa dos precedentes judiciais. Não obstante, consoante explicado, a patologia da pseudocolegialidade, bem como a ausência de deliberação interna são formas de agir estratégico do tribunal.

Satisfeita essa etapa, é possível identificar que a reconstrução da cooperação processual a partir dos postulados de Habermas permite otimizar a aplicação do direito e a construção de precedentes judiciais que atendem aos primados de coerência e integridade, exigidos pelo Código de Processo Civil, e de correção e consistência, ventilados pela teoria habermasiana. O devido processo legal, alinhado ao princípio do discurso habermasiano como um pressuposto pragmático da argumentação jurídica é materializado pela cooperação processual, a qual impõe a construção procedimental do direito jurisprudencial.

Dito isso, a última etapa que resta está na análise dos efeitos das decisões para fora do processo e o seu direcionamento para a sociedade civil, considerando a necessidade de uma deliberação externa aos tribunais. Trata-se do *accountability* da decisão judicial, objeto da próxima seção, que discutirá quais são os mecanismos de análise do julgado, pela sociedade civil, como maneira de identificar e denunciar ações estratégicas.

⁸⁹² MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford Univeristy, 2013. p. 112-113

5.6.2 O *accountability* da decisão pela sociedade civil e o controle das figuras de perversão no direito

Pela sistemática de circulação do poder comunicativo, as esferas públicas e o poder administrativo devem manter um intercâmbio argumentativo, a partir do modelo de circulação do poder comunicativo para conversão em poder estatal. Nesse desenho, já explicado no capítulo 2, Habermas espera colocar a soberania popular e o poder do povo como instâncias de integração social e superar a colonização do mundo da vida que é realizada sistematicamente pelo poder e pelo dinheiro.⁸⁹³

Partindo desse pressuposto como uma lente para análise do modelo procedimental de cooperação processual, verifica-se o imperativo de que o poder judiciário convença o cidadão. Desta feita, o segundo direcionamento dos efeitos exoprocessuais da decisão judicial é para a própria sociedade civil, que poderá analisar criticamente os argumentos utilizados pelo. Trata-se aqui da figura do *accountability*, que permite um estudo aprofundado sobre a decisão, a ser realizado tanto pelas esferas públicas quanto pela dogmática jurídica, tomando por base a responsabilidade ética do julgador e do tribunal.

No campo político, Habermas fala em uma responsabilidade democrática pelas ações institucionais do Estado, quando trata do poder comunicativo, o que configura a ideia de *accountability*, considerando a relação entre as esferas públicas e o parlamento, nos estudos preliminares à obra *Facticidade e Validade*:

A soberania comunicativamente fluidificada se faz valer pelo poder de discursos públicos, o qual, apesar de ter sua origem em esferas públicas autônomas, precisa ser configurado pelos resultados de instituições democraticamente constituídas de formação da opinião e da vontade, já que a responsabilidade pelas decisões com consequências práticas requer uma clara imputabilidade institucional.⁸⁹⁴

Ao tratar desse aspecto político inserido na divisão dos poderes, Habermas enxerga uma necessidade de justificação ao poder judiciário, ante a sua própria atividade institucional, o que pode implica exatamente na necessidade de uma responsabilidade democrática, na forma do *accountability*, para as decisões produzidas: “quanto mais a justiça recicla o direito, tanto mais energicamente é preciso conclamá-la a justificar-se, não apenas diante de uma

⁸⁹³ HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: MIT, 1992. p. 441-447

⁸⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 648

opinião pública formada por especialistas, mas sim para fora, perante o fórum dos cidadãos”⁸⁹⁵.

De outro giro, a ideia de um *accountability* também se faz presente na teoria de Habermas, no eixo discursivo, como uma modalidade de agência racional que serve de pressuposto pragmático ao discurso. Na abordagem habermasiana de uma ética do discurso persiste o requisito de uma mútua transparência entre os falantes, para que se possa verificar a validade do que é dito. Essa ideia é uma das bases que implica na expectativa de legitimidade contida na assunção de que somente são válidas aquelas normas que possam ser justificadas sob a perspectiva dos seus destinatários⁸⁹⁶ – retomando aqui o conceito habermasiano de princípio do discurso.

Ademais, o emprego da teoria habermasiana como pano de fundo para discussão de um *accountability* perpassa a própria necessidade de todos os participantes do discurso transparecerem os fundamentos empregados na argumentação e colocando-os à crítica do público. A noção de transparência, em uma filia habermasiana, está engatada em uma concepção ética do próprio princípio da veracidade, o qual pressupõe a reciprocidade de sinceridade entre os falantes, de tal maneira que a ação estratégica pode ser suprimida das deliberações públicas.⁸⁹⁷

Essa necessidade de transparência, como dito anteriormente, se mostra como um requisito da política deliberativa habermasiana, está imbricada na conversão do poder comunicativo em poder administrativo como um mecanismo de legitimidade democrático, aberto e inclusivo, que é capaz de desenvolver um processo de emancipação das formas de vida.⁸⁹⁸ Logo, o *accountability* das decisões judiciais permite verificar e controlar, a partir da transparência argumentativa, enquanto imposição da cooperação processual, eventuais ações estratégicas por parte do poder judiciário.

Com efeito, não há, até o presente momento, nenhuma palavra no vernáculo brasileiro que traduza fielmente o que significa *accountability* – o mais próximo que se pode chegar, em uma linguagem triangulada com a teoria de Habermas, é a expressão responsabilidade democrática. Trata-se de um termo utilizado para designar a fiscalização do

⁸⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 354

⁸⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **On the pragmatics of social interaction**: preliminary studies in the theory of communicative action. Trad. Barbara Fultner. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2001. p. 101-104

⁸⁹⁷ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 205-206

⁸⁹⁸ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 210

poder público pelos cidadãos, em um exercício ativo da cidadania, que verifica a legitimidade do poder delegado pela soberania popular. Em sua essência o termo *accountability* significa tanto a responsabilidade quanto a obrigação de responder perguntas sobre decisões e ações que foram tomadas.⁸⁹⁹ Daí sua aplicação ao poder judiciário, enquanto um dever de justificação perante tanto os jurisdicionados do próprio processo quanto ao auditório universal que é a sociedade civil.

Trazendo para a perspectiva aqui adotada, o *accountability* requer que haja transparência no procedimento discursivo e cooperativo adotado pelo julgador. Por outro lado, é necessário que as esferas públicas tenham acesso a todos os argumentos relevantes que foram ventilados no curso do processo e enfrentados no ato de julgamento. Pode ser trazida à baila, inclusive, a correlação entre o *accountability*, o devido processo legal e o acesso à justiça, pois, como dito anteriormente, a argumentação desenvolvida no processo, a partir da cooperação processual, é o que dará a tônica de legitimidade para a decisão.

O *accountability* está diretamente ligado ao dever de fundamentação do poder judiciário e serve como um mecanismo que maximiza a transparência das decisões produzidas. A despeito de também servir para a construção de precedentes, através da justificação para os magistrados de instâncias inferiores em relação aos de instâncias superiores, quando projetada para o público em geral, o *accountability* das decisões é uma forma de monitorar e limitar a discricionariedade judicial.⁹⁰⁰

Por esse motivo que o *accountability* das decisões judiciais, enquanto transparência no processo de argumentação jurídica, deve ser visto como um direito fundamental do cidadão. Enquanto justificativa epistemológica, o *accountability* decisório, dirigido para a sociedade civil, enquanto auditório externo, serve tanto para guiar a aplicação da decisão quanto para permitir a crítica desta, considerando os motivos determinantes apresentados.⁹⁰¹ É preciso destacar que o *accountability* não é restrito somente ao resultado da decisão ou ao próprio julgado, na realidade, a transparência deverá compreender todo o procedimento empregado no âmbito processual, enquanto exigência da cooperação processual.

Pelo exposto, o *accountability* decisório é uma exigência das democracias contemporâneas, pois a liberdade comunicativa do cidadão, manifestada na decisão, é analisada e protegida. A crença do cidadão no que é decidido se torna um elemento

⁸⁹⁹ COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015. p. 506-507

⁹⁰⁰ COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015. p. 506-507

⁹⁰¹ COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015. p. 510-511

importante, pois existe uma legitimidade decisória para além dos autos. Assim, subsiste o dever de transparência dos julgadores, que devem produzir suas decisões de maneira crível e sempre buscando informar e convencer a opinião pública⁹⁰², compreendida aqui em um sentido habermasiano, enquanto conjugação das esferas públicas, do desfecho do julgamento.

Em síntese, a jurisdição necessita estar inserida em um universo discursivo, em parceria com a própria cidadania, pois, além de ser convencida, também precisa convencer tanto às partes quanto à sociedade, que se comporta como auditório universal.⁹⁰³ De outro giro, a verificação do *accountability* poderá ser espelhada na própria postura dialógica que o poder judiciário deve assumir quando tiver de lidar com as zonas cinzentas entre legislação e adjudicação. Na ótica de Habermas:

Na medida em que os programas legais exigem uma concretização configuradora de direitos, de tal modo que a justiça, apesar de todas as cautelas, tenha de tomar decisões na zona cinzenta entre a produção legislativa e a aplicação do direito, os discursos jurídicos de aplicação precisam ser complementados de forma clara com elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase legisladora da opinião e da vontade demandam por certo um outro tipo de legitimação. Esse ônus legitimatório adicional poderia ser satisfeito com a obrigação de a justiça oferecer justificações frente a um ampliado fórum judiciário crítico. Para isso, seria necessária a institucionalização de uma esfera pública jurídica que vá além da atual cultura de especialistas e que seja suficientemente sensível para transformar decisões fundamentais problemáticas em foco de controvérsias públicas.⁹⁰⁴

Na “entrada” do influxo comunicativo, esse ônus argumentativo poderá ser complementado, de um lado, a partir do recurso ao *amicus curiae*, instituto processual, contido no art. 138 do Código de Processo Civil, que permite a intervenção no processo dos setores da sociedade que serão alcançados pela decisão. De um lado, o *amicus curiae* está interligado com a legitimidade procedimental, enquanto canal comunicativo entre sociedade civil e poder judiciário, que pode desempenhar até mesmo uma função contracolonizadora – no sentido que pode ser empregado como uma forma de combater as influencias sistêmicas do poder e do dinheiro no âmbito da jurisdição.⁹⁰⁵ Em síntese, o *amicus curiae*

é um canal comunicativo entre a opinião pública construída procedimentalmente e a jurisdição, seja ela ordinária [...] seja ela constitucional. O influxo comunicativo adentra pela eclusa consubstanciada naquele instituto processual e leva ao crivo do julgador elementos jurídicos e extrajurídicos que têm o condão de influenciar o

⁹⁰² SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on trial**: the independence and accountability of the english judiciary. 2. ed. Cambridge: Cambridge Univeristy, 2013. p. 9-14

⁹⁰³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 275

⁹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020. p. 555

⁹⁰⁵ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 122-124

juízo. Em outras palavras, se em uma perspectiva endoprocessual o *amicus curiae* é o canal comunicativo, por outro lado, em instância moral-conteudística, aquele instituto é a própria esfera pública em juízo. [O *amicus curiae*] lastreia a verdadeira democratização da jurisdição, na qual a sociedade dialoga com o poder judicial para construção da melhor interpretação – e conseqüentemente da resposta procedimentalmente correta – para o tema que estiver *sub judice*. A opção por esta via tem como alicerce o reconhecimento da sociedade como destinatária e coautora das normas jurídicas.⁹⁰⁶

Por outro lado, na “saída” das justificações dadas pelo tribunal, está a ideia do *accountability* aqui defendida. Tal elemento é reforçado nas demandas coletivas, no exercício do controle de constitucionalidade abstrato, no julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores e no julgamento de incidentes de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Imprime-se aqui a ideia de que deverá o julgador cooperar não só com as próprias partes ou com o processo, mas também com a sociedade civil.

Como percebido por Habermas, em seu diálogo com Frank Michelman sobre as pressões que a opinião pública pode fazer nos tribunais:

[...] o assédio discursivo do tribunal através de uma sociedade mobilizada produz uma interação capaz de gerar conseqüências favoráveis para os dois lados, pois o alargamento da base de decisão faz com que o tribunal, que continua a decidir de modo independente, amplie também o campo de visão dos especialistas. E, aos olhos dos cidadãos que tentam influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão. Ora, a avaliação adequada das possíveis contribuições desse modelo para a solução do suposto paradoxo implica uma análise detalhada do papel cognitivo que o discursivo impetuoso de um espaço público jurídico desempenha na prática de decisão do tribunal e o papel funcional que esta desempenha na aceitação social dos juízos.⁹⁰⁷

No campo acadêmico, é reforçada a importância do *accountability*, pois a dogmática jurídica poderá fazer o controle das figuras de perversão do direito, conforme são descritas por José Rodrigo Rodríguez, jurista que, a despeito de não utilizar Habermas como matriz teórica, aposta em um viés emancipatório do direito na regulamentação da vida social. É importante salientar que o contato do pensamento de Rodríguez com o de Habermas é feito sem a pretensão de exaurir os vieses teóricos entre a sua abordagem e a teoria do agir comunicativo, o que demandaria, por si só, uma pesquisa mais aprofundada sobre a temática.

Rodríguez emprega, como pano de fundo teórico, a obra de Franz Neumann, jurista alemão vinculado à Teoria Crítica, com vistas ao processo reconstutivo do direito que é pautado pelas reivindicações de novos direitos e a desestabilização do *status quo*, elementos que fazem parte da estrutura essencial do Estado de Direito contemporâneo. Ao elucidar a

⁹⁰⁶ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 180

⁹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158

teoria de Neumann, Rodriguez destaca que a função do Estado de Direito é promover o reconhecimento de direitos para todos os grupos sociais e que, ao ser utilizado para justificar instâncias de poder de qualquer ordem, trará como consequência a politização da inclusão, do reconhecimento simbólico e da distribuição de direitos. Deste modo a estrutura institucional que alberga o poder estatal deve justificar racionalmente as decisões tomadas, conquanto a legitimidade dependerá de sua vinculação às necessidades de todos os cidadãos, pois a sociedade é a destinatária das decisões políticas do Estado.⁹⁰⁸

Ou seja, traduzindo a obra de Rodríguez para uma terminologia habermasiana, as figuras de perversão do direito resultam da contaminação do direito pelo sistema poder/dinheiro, visando um cotejo estratégico para coibir os potenciais emancipatórios que repousam no agir comunicativo. No momento em que grupos de interesse subvertem a ordem jurídica para satisfação de suas vontades, o direito perde seu caráter democrático e é relegado a um mero factoide que instrumentaliza e institucionaliza uma irracionalidade autoritária.

Valendo-se de normas ilegítimas, produzidas ao arrepio da sociedade, os grupos de interesse conduzem o direito a uma atuação patológica materializada na prática de arbitrariedades que outrora seriam intoleráveis pelo ordenamento jurídico legítimo. Rodríguez chama esses processos de perversões do direito, os quais “têm o poder de corroer de forma significativa o poder da soberania popular, fazendo com que as instituições formais permaneçam distantes e imunes à vontade popular”.⁹⁰⁹ São três as modalidades de perversão identificadas pelo autor: fuga do direito, falsa legalidade e zona de autarquia.

Na fuga do direito, tem-se um abandono da racionalidade como forma de conter os avanços das pautas de interesse alheias ao padrão dominante e neutralizar o poder social, o que redundará na reprivatização do aparato jurídico, com a transferência da produção normativa para aqueles que são diretamente interessados na perpetuação valorativa.⁹¹⁰

De seu turno, a falsa legalidade, também chamada de legalidade discriminatória ou despersonalização jurídica, é identificada pela elaboração de normas aparentemente legais, cuja aplicabilidade é seletiva para um ou outro grupo social, o que acarreta uma finalidade

⁹⁰⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, n. 19, v. 37, 99-124. p. 101-103

⁹⁰⁹ RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 212

⁹¹⁰ RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 212-213

discriminatória. Haverá sempre o apoio da parcela social não abarcada pelas ditas normas, que enxerga, nessas medidas, uma forma de segregar grupos considerados como perigosos.⁹¹¹

A terceira modalidade é denominada de zonas de autarquia, na qual a aplicação do direito ocorre de maneira arbitrária por órgãos públicos, sem que haja qualquer justificativa ou fundamento racional e legítimo. Assim, aqueles que detêm a competência interpretativa a utilizam de maneira arbitrária, aplicando-a para preservar padrões dominantes, sem qualquer preocupação quanto à segurança jurídica e fazendo valer uma aparência de direito, a qual tenta se esquivar do controle argumentativo.⁹¹²

Essas figuras fazem o contraponto entre o direito autocrático e o direito democrático, sendo necessária uma avaliação constante dos textos legais, da Constituição e das decisões judiciais para identificar sua ocorrência. Para coibir essas patologias estratégicas, em especial as zonas de autarquia, Rodríguez aposta na avaliação prática do direito, que permite identificar a ocorrência de qualquer anomalia, utilizando-se da teoria para realizar a investigação.⁹¹³

Através do *accountability* da decisão, poderá a pesquisa empírica em direito identificar essas formas de perversão e criticá-las, como forma de resgatar a racionalidade e legitimidade do Estado Democrático de Direito, pois observa, na prática, como os institutos jurídicos são aplicados e quais as circunstâncias dão azo às decisões estatais. Logo, é possível denunciar as perversões do direito e oferecer soluções emancipatórias para a situação em uma análise crítica.⁹¹⁴

O filtro de todos os posicionados assumidos, cujo nascedouro é reportado aos atores processuais, estará na decisão judicial, que deverá expressar, em sua fundamentação, necessariamente, que aquela é a melhor resposta procedimentalmente construída frente ao material jurídico dirigido ao processo. É a partir disso que se aufere a racionalidade dogmática, possibilitando, que eventuais divergências sejam objeto de análise recursal pelas demais instâncias do poder judiciário. Com o procedimento discursivo de racionalidade do direito e com o alvitre da graduação conferida à dogmática, torna-se factível o controle

⁹¹¹ RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 213

⁹¹² RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 213-214

⁹¹³ RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158-159

⁹¹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. In: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 75-78

democrático do poder jurisdicional, em especial quando da aplicação dos conceitos indeterminados que, por vezes, impregnam o sistema jurídico.⁹¹⁵

Com efeito,

Quem age estrategicamente já realiza de antemão um teste sobre a aceitabilidade de seus interesses. Ora, é esse tipo de teste que os discursos morais e éticos devem desempenhar em esferas públicas. Por sua própria lógica, questionamentos morais forçam as partes a encontrar e elaborar argumentos sobre o que é bom para todos, assim como questionamentos éticos forçam, à luz de tradições dadas, para uma comunidade em particular [...] E o primeiro teste da aceitabilidade de um interesse ou de uma norma que encarna um interesse é a capacidade de ela ser justificada para um público virtualmente expandido, constituída de pessoas possivelmente concernidas, sem exclusão. Dessa maneira interesses que não podem ser defendidos em público são interesses incapazes de ser justificados sem exclusão, isto é, sem restringir a publicidade potencialmente requerida.⁹¹⁶

Portanto, o controle das figuras de perversão do direito através da transparência decisória manifestada no *accountability* das decisões judiciais permite identificar e neutralizar ações estratégicas que colocam em xeque a própria ordem democrática. Isso se mostra igualmente fundamental, de outro giro, quando decisões procedimentalmente corretas e coerentes são criticadas por grupos de interesse com o objetivo de subverter ou ludibriar as esferas públicas.

Por isso o apreço deste estudo pela cooperação processual enquanto instituto apto a satisfazer, procedimentalmente, as necessidades de legitimidade que reverberam no sistema jurídico e na própria sociedade civil. E com isto, há o fechamento da presente pesquisa, com a expectativa de que contribua para compreender, posteriormente, em pesquisa empírica, os impedimentos fáticos para realização plena da cooperação nos termos da proposta aqui desenhada.

⁹¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 26-51

⁹¹⁶ REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021. p. 223

6 CONCLUSÕES

A presente pesquisa teve como objetivo discutir a reconstrução da cooperação processual, considerando a sua relação com os requisitos procedimentais para produção de decisões corretas e consistentes. Nesta derradeira etapa, serão apresentadas, de maneira sintética, as conclusões obtidas deste percurso investigativo, buscando oferecer um panorama para a compreensão de todos os resultados e de todas as respostas dadas à problemática inicial.

Inicialmente, foi verificado, por intermédio de pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da Universidade de Frankfurt, a ausência de trabalhos desenvolvidos ou orientados, naquela instituição, sobre a relação entre processo civil e a teoria do agir comunicativo. Com exceção da consagrada obra de Klaus Günther sobre argumentação jurídica, não existem outros trabalhos no âmbito daquela instituição, o que pode implicar em um desalinhamento da perspectiva habermasiana com o estudo do processo civil.

Diante desse cenário, foi buscada a aplicação dos pressupostos da teoria do agir comunicativo à cooperação processual e, para tanto, em um primeiro momento, foi revisitada a teoria de Jürgen Habermas para entender como o autor trata a indeterminação do direito, no momento de sua aplicação. Todavia, para chegar a este ponto, fez-se necessário palmilhar todo o decurso de seu pensamento filosófico, partindo da origem da teoria do agir comunicativo e seus pressupostos metodológicos. Para consecução deste objetivo, a análise foi feita em um percurso quase cronológico das obras de Habermas, verificando a evolução do seu pensamento, principalmente quanto ao papel do direito.

A teoria do agir comunicativo, como proposta por Habermas, está inserida na segunda geração da chamada Escola de Frankfurt e propugna uma reconstrução das ideias marxistas a partir de uma releitura pela pragmática universal – a qual, de seu turno, tem origem na reconstrução do transcendentalismo kantiano pela filosofia da linguagem. Em termos históricos, a teoria do agir comunicativo começa a ser desenhada na década de 60, dentro da Universidade de Frankfurt e do Instituto Max Planck, em contexto de forte conturbações políticas.

Ao desenhar a razão comunicativa e promover seu contraponto à razão instrumental, Habermas critica as aporias da primeira geração de frankfurtianos, direcionando seus esforços para a construção de uma teoria que permita identificar projetos e potenciais de vieses emancipatórios. Daí a razão comunicativa demonstrar elementos que não estão submetidos

aos processos de reificação, partindo, como fundamento essencial, de uma concepção de racionalidade que está imersa na linguagem.

Para poder trabalhar com a própria perspectiva da linguagem, enquanto ferramenta para reconstruir conteúdos, Habermas lançará mão do método reconstutivo, o qual corresponde ao instrumento que a Teoria Crítica possui para lidar com as questões sociais que lhe são objeto de estudo. A referida metódica permite que o pesquisador observe, em uma perspectiva interna, as características de um sistema de regras que é partilhado intersubjetivamente. Mais do que a reprodução simbólica ou um rearranjo conceitual, o método reconstutivo visa encontrar potenciais emancipatórios nas sociedades capitalistas.

A própria razão comunicativa utiliza da ideia de reconstrução, já que preconiza a libertação do agir racional de elementos coercitivos que não seja a argumentação intersubjetiva dos agentes. Daí que, a partir deste anteparo, Habermas irá buscar na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria dos atos de fala de John Searle o aporte necessário para separar a racionalidade instrumental da comunicativa. Com efeito, os atos de fala formam a base das interações no âmbito da racionalidade comunicativa, sendo a unidade mínima do discurso.

Por intermédio dos atos de fala reconstruídos, a racionalidade comunicativa é capaz de reter a validade a partir de pontos de vista compartilhados intersubjetivamente, fazendo preponderar a aceitabilidade racional dos argumentos empregados pelos agentes. Daí a ideia de que o agir comunicativo sempre estará pautado por um acordo intersubjetivo dos agentes, que irão determinar uma ação social a partir daquilo que foi deliberado e pactuado em uma situação livre de elementos coercitivos externos ao discurso.

O agir comunicativo usa da linguagem como mecanismo de integração social e ocorre em duas modalidades e se contrapõe ao agir estratégico, o qual também contempla diferentes formas de apresentação. O agir comunicativo forte trabalha com a presença de um juízo de validade, enquanto o agir comunicativo fraco fica restrito às pretensões de verdade e sinceridade quanto ao que é dito. De outro lado, o agir estratégico emprega a linguagem como forma de exortar comandos e transmitir informações, de maneira aberta ou velada, e é orientado para o sucesso do próprio falante, não raro com emprego de manipulações, ameaças e subterfúgios.

O conteúdo das argumentações e a própria maneira que os agentes tomam posicionamento estarão vinculados ao mundo da vida, enquanto repositório argumentativo que forma o pano de fundo das atividades comunicativas. Enquanto estrutura, o mundo da vida promove a reprodução simbólica da sociedade a partir da interpretação sustentada por

fatores culturais, pelas relações sociais e pela personalidade do próprio sujeito. Contudo, considerando a evolução social, o mundo da vida por si só não assegura a reprodução material da sociedade, de modo que os sistemas sociais, pautados pelo poder administrativo e pelo poder econômico podem acabar contaminando as relações comunicativas, direcionando-as para ações estratégicas.

O conteúdo das argumentações e a própria maneira que os agentes tomam posicionamento estarão vinculados ao mundo da vida, enquanto repositório argumentativo que forma o pano de fundo das atividades comunicativas. Enquanto estrutura, o mundo da vida promove a reprodução simbólica da sociedade a partir da interpretação sustentada por fatores culturais, pelas relações sociais e pela personalidade do próprio sujeito. Contudo, considerando a evolução social, o mundo da vida por si só não assegura a reprodução material da sociedade, de modo que os sistemas sociais, pautados pelo poder administrativo e pelo poder econômico podem acabar contaminando as relações comunicativas, direcionando-as para ações estratégicas.

Habermas percebe que, como os sistemas trabalham a partir de trocas e de apropriações discursivas, suas forças produtivas podem acabar se expandindo para as relações comunicativas e, com isso, afastar o mundo da vida das relações sociais. Ademais, os sistemas são institucionalizados, pois o subsistema político, formado pelo Estado, controla o subsistema sociocultural e o subsistema econômico. Em essência, são os sistemas que vão promover a reprodução material da sociedade a partir da geração e circulação de riquezas, as quais ocorrem no âmbito do mercado, com a utilização da força produtiva dos trabalhadores e distribuição técnica da força de trabalho.

A colonização do mundo da vida vai ocorrer a partir da substituição do agir comunicativo pelo agir estratégico motivado pelas relações de poder e de dinheiro, acontecimento que é demonstrado por Habermas a partir da história. Como exemplos, Habermas cita o êxodo rural e a reificação das formas de vida a partir de valores materiais e econômicos. Como mecanismo para coibir essa subversão do agir comunicativo, Habermas empregará o direito, pela sua relação com o sistema político, calcado na soberania popular.

É exatamente essa percepção que leva a uma mudança de entendimento no pensamento habermasiano, pois o direito, até a produção da obra *Facticidade e Validade*, era tratado como um instrumento do sistema legal-burocrático que viabilizava e instrumentalizava o processo de colonização. Com o amadurecimento da sua pesquisa, Habermas enxerga um potencial emancipatório no direito, ao promover sua reconstrução com suporte do agir comunicativo, para tratar da complementaridade entre direito e moral e da gênese discursiva

dos direitos fundamentais. É nesse contexto que Habermas demonstrará a relação entre direito e esferas públicas, que é característica do modelo de democracia deliberativa.

Com efeito, o direito será produto do poder administrativo do Estado e, nesse momento da teoria habermasiana, terá supedâneo no elemento econômico, deixando as questões relativas ao mundo da vida em uma dimensão inferior. Por esse motivo que Habermas enxerga no direito a ferramenta de colonização do mundo da vida, possibilitando a reificação das relações sociais, a redução do agir comunicativo e sua substituição pelo agir estratégico.

É nessa perspectiva que a obra *Facticidade e Validade* é produzida, reconhecendo que o direito é a dupla face de Janus e se comporta como uma dobradiça, ora se voltando para o sistema administrativo, ora para o mundo da vida e seus influxos comunicativos. É naquele texto que Habermas irá reaproximar Estado, direito e política, buscando, a partir da metódica reconstrutiva, desenvolver um modelo de legitimidade democrática que faça frente à colonização do mundo da vida.

O debate agora é deslocado para tensão entre a facticidade e a validade, ou seja, o conflito entre a coercitividade das normas e o seu cumprimento racional ante a sua legitimidade. Nesse esquadro, o direito assume o papel de mitigar o âmbito de ação daqueles que pretendem agir estrategicamente e criar mecanismos para estimular o agir comunicativo. Ademais, o direito permite que o pano de fundo seja deslocado do mundo da vida para o código jurídico, o qual encontra, na opinião de Habermas, um assento democrático na autonomia política do cidadão. Logo, o direito deixa de ser uma simples ferramenta á serviço dos sistemas econômico e político e se transforma em um verdadeiro instrumento para integração social, fomentando a reciprocidade comunicativa e a absorção de dissensos.

Para realizar o papel de médium que lhe é imposto por Habermas, o direito deverá lidar com a tensão entre a soberania popular e os direitos humanos, o que implica uma relação de complementaridade entre as autonomias pública e privada. A autonomia política nasce exatamente desse equilíbrio, que tem como fundamento a origem linguística comum das outras duas autonomias. Além disso, o recurso a uma autonomia política evita a ocorrência de patologias, como o paternalismo legal e a ditadura das massas, características da exacerbação, respectivamente, dos modelos liberal e republicano.

De outro giro, Habermas contempla uma visão de equilíbrio – ou cooriginalidade – entre moral e direito, de tal maneira que se tratam de estruturas complementares e que são orientadas à integração social. A moral envolve o agir comunicativo que ocorre, a partir do

mundo da vida, nas relações sociais, ao passo que o direito tem como pano de fundo o código jurídico e ocorre a partir de discursos institucionalizados pelo poder administrativo estatal.

Desta feita, Habermas enxergará que todos os cidadãos têm iguais liberdades comunicativas e que as decisões políticas devem ser construídas procedimentalmente, com iguais oportunidades de fala entre os destinatários da norma. Aqui entra o princípio do discurso, de modo que as normas serão reputadas válidas quando chanceladas pelo referido procedimento que permita a aquiescência, a partir da manifestação discursiva dos cidadãos. Ressurge aqui, mais uma vez, a ideia do melhor argumento, enquanto aquele que apresenta maior grau de racionalidade e que vencerá os demais no debate público.

Por meio do princípio do discurso é que a autolegislação pelo cidadão é possível, pois o direito será formado pela parceria da sociedade civil com o Estado, em uma troca de influxos comunicativos. Ao ser projetado para o direito, o princípio do discurso é tratado como o princípio da democracia, que preconiza a institucionalização de condições jurídicas e de procedimentos jurídicos para o exercício discursivo e procedimental das autonomias do cidadão.

Assim, a soberania popular para Habermas não é esgotada no voto, mas também é exercida na participação do cidadão na formação do direito e está congregada em uma visão de cidadania ativa e vigilante, que irá analisar o código jurídico produzido pelo Estado. Trata-se aqui do mínimo para o exercício das liberdades discursivas que estão impregnadas no modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas e que promovem o modelo circular de conversão do poder comunicativo do cidadão em poder administrativo estatal. É nesse formato que Habermas irá realizar a inserção do aspecto político, consubstanciado nas esferas públicas, no âmbito do direito.

As esferas públicas obstam a colonização do mundo da vida, fazendo prevalecer a formação da opinião livre, a qual não poderá ser integralmente comprada. Trata-se de pensar a esfera pública como uma metáfora, que corresponde a todos os espaços sociais nos quais os debates sobre questões triviais são realizados. Através das esferas públicas, é possível identificar problemas, discutir necessidades e formular soluções em uma verdadeira rede de debates públicos.

Mediante o somatório de discussões, a deliberação vai sendo reverberada até formar opiniões públicas e adentrar nos canais estatais, possibilitando que os componentes do Estado tomem ciência do que foi deliberado pela sociedade. O modelo desenhado por Habermas insere as esferas públicas na periferia do poder administrativo, pois é a partir delas que a autolegislação será levada a cabo, concretizando a autonomia política do sujeito.

É, nesta toada, que Habermas revela um potencial emancipatório das esferas públicas, já que o cidadão, em seu mister individual, e a sociedade civil como um todo poderão influenciar nas decisões políticas – elaboração de leis e execução de políticas públicas – do Estado, o que modifica a percepção da legitimidade. Daí então a dúplice função do direito, pois sua construção legitimada pelas esferas públicas coíbe a colonização do mundo da vida e favorece a integração social.

Ao inserir sua proposta dentro das estruturas ideológicas do Estado, Habermas diferencia o paradigma procedimental daqueles encampados pelos modelos liberal e social. A proposta do autor é, com a razão comunicativa, resolver os problemas deixados pelo Estado de bem-estar social sem que ocorra o ingresso na nova obscuridade, categorizada por discursos autoritários e políticas neoliberais. A intenção de Habermas é clara: controlar o capitalismo e impedir a colonização do mundo da vida, através, simultaneamente, da concretização dos direitos sociais e da efetivação e institucionalização dos procedimentos necessários ao exercício de uma cidadania ativa.

Ao tratar da aplicação do direito, Habermas busca responder, de maneira específica, a pergunta sobre como produzir decisões judiciais que sejam racionalmente aceitáveis – e, portanto, legítimas – e que obedeçam ao primado da segurança jurídica. Essencialmente, ocorre o deslocamento da tensão entre facticidade e validade para o âmbito da decisão judicial, o que permite examinar o grau de racionalidade da aplicação do direito.

Para perscrutar uma resposta, Habermas recorre à teoria dos direitos de Dworkin, pois compreende que os métodos da hermenêutica jurídica, do realismo jurídico e do positivismo jurídico não conseguem atender aos dois requisitos acima mencionados. Escolhido em Günther e Aarnio, Habermas irá reconstruir a teoria dos direitos dworkiana em um viés procedimental, adotando a percepção do direito como integridade, a qual tem no juiz Hércules e no romance em cadeia seus protetores fieis.

Desta maneira, Habermas utilizará da construção dworkiana de princípios enquanto justificação externa da decisão, associada ao princípio do discurso, como caminho para uma decisão ideal. Já a justificativa interna ficará a cargo da sistemática reconstrutiva aplicada por Dworkin – que não se confunde com a empregada por Habermas, tendo em vista que o jurista americano determina que o juiz deve “reconstruir”, em sua decisão, o ordenamento jurídico, enfrentando os precedentes judiciais anteriores.

Para realizar a abertura procedimental da teoria de Dworkin, Habermas irá se valer dos discursos de fundamentação e aplicação de Günther, permitindo um campo de diálogo para o juiz Hércules. Habermas compreende a ideia de discursos de fundamentação e de

aplicação guntherianos, mas não adota na integralidade os discursos de fundamentação, consoante haver riscos de transferência da coerência interna do direito para a casuística. Nesse ponto, Habermas se mantém fiel a Dworkin, privilegiando a segurança jurídica enquanto interpretação procedimental do sistema jurídico baseada no romance em cadeia.

Outrossim, a ideia de uma única decisão correta trabalhada por Dworkin passa a ser encarada como a decisão que pode ser construída procedimentalmente, por uma cooperação dialógica de Hércules com os demais envolvidos no processo. Ademais, isto serve, inclusive, para liberar o mítico juiz do ônus argumentativo que recai sobre os seus ombros na leitura original de Dworkin. Em essência, Habermas fará uma reconstrução da teoria do direito como integridade a partir do agir comunicativo, abandonando qualquer padrão processual que dê, por si só, sustentáculo à decisão.

A ideia agora, compreendendo que Hércules estará submetido aos ditames procedimentais, é que Habermas encontrará em Aarnio a chave para a legitimidade da decisão, a qual estará condicionada à capacidade do julgador de fundamentar sua decisão. O procedimento discursivo, que contempla condições comunicativas para formação de decisões corretas e imparciais, aplicado ao juiz desembocará em uma exposição, a todos os parceiros do direito, de motivos argumentativos racionais e aceitáveis que sustentam a decisão. O objetivo, ao recorrer a esta conjunção teórica, é nítido: evitar a redução dos discursos jurídicos em discursos morais e se afastar da tese do caso especial outrora proposta por Alexy.

A decisão, então, será produzida a partir dos influxos argumentativos advindos do discurso jurídico praticado pelos atores processuais, os quais devem ser considerados dentro das questões fáticas a serem decididas e sem influências de elementos externos ao processo. Ademais, a decisão prolatada poderá ser objeto de apreciação pelas instâncias superiores, por intermédio da sistemática recursal, o que Habermas denomina de autorreflexão. Em relação ao processo civil, Habermas afirma que o aparato procedimental deverá permitir a produção de decisões corretas e coerentes – ou seja, procedimentalmente legítimas, com ampla participação das partes e que guardem a relação com o ordenamento jurídico, satisfazendo a segurança jurídica. Com esse construto, enfim, Habermas consegue satisfazer a validade dentro do eixo procedimental e a facticidade a partir da operacionalização institucionalizada do direito.

A despeito de oferecer todo esse panorama teórico sobre a aplicação da decisão, Habermas não realiza nenhum aprofundamento na temática, ficando restrito à reconstrução procedimental de Dworkin. O direito irá operar como um discurso jurídico institucionalizado

e as regras processuais irão formar a situação ideal de fala, havendo limitação às opções de ação estratégica da parte.

Com a devida e satisfatória exploração da teoria de Habermas, foi possível obter um panorama acerca do método reconstrutivo e sua aplicação, tanto na teoria do agir comunicativo quanto na democracia deliberativa, em especial no formato procedimental de aplicação do direito. Findada esta etapa, a fase subsequente desta pesquisa esteve debruçada na compreensão da cooperação processual em uma perspectiva histórica, comparada e dogmática, com o fito de entender o instituto jurídico em tela para então promover a sua reconstrução no viés da ação comunicativa.

Ante de adentrar em como a cooperação processual foi inserida no direito brasileiro, a pesquisa palmilhou os diferentes modelos processuais identificados pela doutrina. Há um contraponto entre os modelos dispositivo e inquisitivo, diferenciados a partir dos poderes do Estado-juiz e da natureza pública ou privada do processo. Na vertente dispositiva, o processo assume uma feição mais privada e os poderes do juiz tendem a ser mitigados, pois o julgador é retratado como um terceiro espectador, imparcial, do duelo das partes, as quais detém total autonomia. Já no processo inquisitivo, o Estado-juiz soma mais poderes, inclusive instrutórios, pois o processo pende para o lado do direito público. A despeito de não serem reduzidos a esses dois elementos, essas são as vigas mestras de cada um dos sistemas, de tal sorte que os ordenamentos jurídicos, a exemplo do próprio direito processual brasileiro, mesclam elementos de um e do outro arquétipo.

A cooperação processual é apresentada, então, como uma terceira via a esses dois modelos, preconizando a ocorrência de uma comunidade de trabalho processual que irá cooperar para produção da decisão de mérito. Essa leitura tem como fundamento a constitucionalização do processo civil, que se torna tanto um mecanismo para a concretização do texto constitucional quanto deverá ser interpretado a partir da própria Constituição. Isto imprime uma cariz democrática ao processo, em especial, quando pensadas as dimensões do acesso à justiça e do devido processo legal. De outro giro, a cooperação processual como terceira via pode ser encarada da mesma forma que o paradigma procedimental do direito enquanto uma opção para além dos paradigmas do Estado liberal e Estado social, os quais refletem, respectivamente, em um viés dispositivo e inquisitivo.

Historicamente, a cooperação processual tem origem no direito alemão e vai sendo construída a partir das reformas processuais iniciadas em 1877, com o modelo vigente sendo consolidado em 1977, prevendo uma estrutura de diálogo entre partes e juízo. A ideia da

cooperação alemã é que as partes tenham oportunidade de argumentar perante o juízo, que deverá enfrentar todos os fundamentos deduzidos ao longo da marcha processual.

No caso do direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 1973 originalmente adotou uma vertente instrumental do processo, de viés nitidamente publicista. Todavia, com as sucessivas reformas processuais ocorridas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a dita legislação adquiriu uma conotação policêntrica e democrática, o que se aproxima da sistemática da cooperação processual, sem, contudo, fazer a positivação expressa do instituto.

A despeito do Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988 poder ser associado ao paradigma procedimental, a cooperação processual somente foi verdadeiramente positivada, como uma diretriz processual, a partir do Código de Processo de 2015, com residência dentro do rol de normas fundamentais do processo, no art. 6º, determinando a cooperação de todos os sujeitos do processo – partes, terceiros, membros do Ministério Público e magistrados – para produção da decisão útil e em tempo hábil. Ademais, o espírito da cooperação processual também informará outros dispositivos da legislação processual, em face do seu teor axiológico, consoante discutido nesta pesquisa.

Em relação à cooperação processual, enquanto norma fundamental do processo civil, este estudo entendeu-a como um princípio, empregando os parâmetros utilizados por Dworkin para distinguir regras de princípios. Ademais, a cooperação processual tem uma textura aberta e impõe padrões de comportamento a serem seguidos pela comunidade de trabalho sendo, de igual maneira, um mecanismo para concretização do devido processo legal no prisma infraconstitucional.

Ainda, a cooperação processual vai influenciar o exercício do contraditório substancial, pois são vedadas decisões surpresas, de tal maneira que as partes têm o direito fundamental – por via reflexa do devido processo legal – de argumentar em juízo. Não basta o simples contraditório que permite falar perante o julgador, é necessário que os argumentos, as provas e os fatos trazidos ao processo, pela parte, sejam enfrentados e avaliados. Caberá ao juiz se justificar, racional e argumentativamente, do posicionamento assumido na decisão judicial. A postura dialógica da cooperação processual também se fará presente no saneamento compartilhado, no qual a comunidade de trabalho irá deliberar sobre as questões de fato e de direito a serem decididas no mérito do processo, destacando quais provas serão produzidas e quem ficará responsável pelo encargo probatório.

De mais a mais, a cooperação processual estabelece deveres cooperativos que devem ser seguidos pelas partes e pelos magistrados, sob pena de serem impostas sanções. As partes,

por terem maior autonomia de ação, têm o dever de cooperação orientado a seguir a boa-fé objetiva, colaborando com os demais sujeitos processuais e, por conseguinte, evitando a prática da litigância de má-fé e deverão, ainda, colaborar para o regular desenvolvimento do processo. Os limites dos deveres cooperativos das partes são assinalados pelo princípio da não incriminação, pois ninguém poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

De seu turno, os magistrados têm deveres de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção em relação às partes. O dever de esclarecimento dita que o magistrado deve buscar esclarecer, junto às partes, questões porventura obscuras que prejudiquem a validade do procedimento adotado, requisitando as informações que forem necessárias. Já o dever de consulta é consubstanciado no direito da parte influenciar o conteúdo da decisão, tendo seus argumentos enfrentados pelo juízo. Por sua vez, o dever de prevenção envolve oportunizar às partes a solução de problemas técnicos de ordem processual, viabilizando o julgamento do mérito. Por fim, o dever de auxílio envolve a remoção de obstáculos processuais que apareçam no curso do processo, assegurando a garantia da igualdade processual e privilegiando, assim como no dever anterior, o julgamento do mérito.

Quando as partes violam a cooperação processual, podem estar sujeitas à cominação de sanções, que vão desde a multa por litigância de má-fé, a extinção do processo sem resolução de mérito, a concessão de tutela antecipatória em favor da parte adversa ou a presunção probatória favorável à parte adversa. Já os magistrados podem ter a nulidade de suas decisões decretada pelas instâncias superiores ou, até mesmo, acarretar a propositura de ação rescisória, enquanto impugnação autônoma, contra o julgado produzido. Inclusive é através da fundamentação das decisões proferidas que poderá ser avaliado se o magistrado assumiu uma postura cooperativa ou não ao longo do processo.

Pela sapiência de que a cooperação processual está ancorada, a um nível constitucional, no devido processo legal e que existem espaços na teoria da decisão de Habermas a serem explorados, nomeadamente quanto aos requisitos abertos, para o processo civil e deixados pelo autor, a pesquisa seguiu para promover a reconstrução daquele instituto jurídico a lume da teoria do agir comunicativo. A reconstrução foi utilizada, nesta etapa, com o objetivo de fazer a conexão entre os dois elementos – cooperação processual e teoria do agir comunicativo –, verificar suas aproximações e distanciamentos, em uma análise contrafática, e buscar potenciais emancipatórios que por ventura estejam presentes na sistemática processual. Ademais, nesse ponto, a presente tese se valeu do estado da arte previamente construído pela Escola Mineira de Processo, pois trata-se de um movimento pioneiro na consecução de um diálogo entre a teoria de Jürgen Habermas e o direito brasileiro.

A reconstrução foi aplicada vertical e horizontalmente, tomando com base a teoria da decisão de Jürgen Habermas e, no momento da aplicação, buscou também preencher as lacunas deixadas pelo frankfurtiano, consoante a ausência de qualquer aprofundamento ou maior detalhamento na obra *Facticidade e Validade*. O ponto de partida para reconstrução da cooperação processual está na premissa de que as decisões judiciais, para Habermas, devem ser, em seu conteúdo, corretas e consistentes e, no nível procedimental, devem contemplar tanto as exigências argumentativas quanto serem produzidas a partir das regras processuais institucionalizadas pelo direito. Também foi adotada a premissa empregada por Habermas de que o processo civil é um instrumento de desenvolvimento do próprio direito, o que condiz com a ideia, propugnada pelo processualismo contemporâneo, de que o processo civil serve para de instrumento para concretizar a Constituição.

O processo civil, através das regras procedimentais, forma um grau mínimo de concordância dos participantes – todos os participantes de um processo judicial devem seguir as regras processuais – e, a partir do devido processo legal, gera uma circunstância próxima da situação ideal de fala, consoante os princípios da igualdade processual, da paridade de armas e da imparcialidade do magistrado. Em outras palavras, a decisão judicial deverá ser produzida aplicando o princípio da democracia. Daí o processo judicial ser uma modalidade de discurso institucionalizado que absorve os dissensos oriundos dos interesses dos litigantes, sendo a reconstrução realizada no nível da metalinguagem.

A reconstrução é iniciada com a elaboração de um sentido discursivo e comunicativo para o processo civil, o qual toma como fundamento o devido processo legal enquanto pressuposto pragmático da argumentação jurídica. Trata-se aqui de uma regra fundamental, reconhecida por todos os jurisdicionados – e cidadãos como um todo – e que vai orientar, a um nível máximo, o jogo argumentativo desempenhado pela comunidade de trabalho do processo. O devido processo legal será o médium do processo civil com a sua aceitação, configurando um requisito de habilitação, da parte, para litigar em juízo.

Outrossim, é o devido processo legal, enquanto princípio jurídico e direito fundamental, que permite tanto a construção de uma decisão legítima para o caso concreto, quanto a otimização do próprio direito através da construção de precedentes judiciais. No caso da reconstrução da cooperação processual pelo agir comunicativo, o devido processo legal assume feição de instrumento de participação ativa, do cidadão, na seara jurisdicional. Verifica-se aqui uma expressão da soberania popular que depende da devida participação das partes na formação da decisão, nos termos da aplicação dos princípios do discurso e da democracia, o que pode ser verificado através da fundamentação utilizada pelo magistrado.

Em última análise, essa abordagem calha em uma dimensão argumentativa do princípio do acesso à justiça.

Pelo devido processo legal configurar a metalinguagem do direito processual, nos termos do que foi explicado, tem-se a formação, através da cooperação processual, do anteparo para formação de uma rede de procedimentos dialógicos e comunicativos – termos esses empregados no sentido habermasiano. Verifica-se aqui, a título de exemplo, o contraditório substancial e o saneamento compartilhado como formas de agir comunicativo que ocorrem no âmbito do processo, enquanto a vedação às decisões por emboscada e a litigância de má-fé são formas de combate ao agir estratégico prejudicial ao próprio processo.

Com isto, a cooperação processual assegura o estímulo a um grau mínimo de agir comunicativo – o consenso zero no interesse em influenciar, através da argumentação jurídica, a decisão a ser proferida pelo magistrado –, limitando o espectro de atuação das partes quanto ao agir estratégico. Vale destacar que somente as ações estratégicas que impeçam o andamento do processo, violem a igualdade processual, ensejem comportamentos contraditórios ou acarretem prejuízos à parte é que deverão ser tolhidas, já que há considerável autonomia de ação para partes.

Haverá, portanto, uma busca cooperativa, das partes em relação ao processo, para construção da decisão de mérito, pela coordenação dos planos de ação das partes, que são orientadas pela cooperação processual enquanto norma fundamental. Dessa forma, é possível verificar que o processo civil brasileiro, com supedâneo na cooperação processual, cumpre os requisitos procedimentais para produção de decisões judiciais corretas e consistentes.

Como consequências da reconstrução da cooperação processual pelo agir comunicativo, foi possível, ainda, identificar três implicações, sendo uma de ordem endoprocessual e duas de natureza exoprocessual. A consequência endoprocessual envolve a legitimidade da decisão, pois esta deverá ser uma construção polifônica, de tal maneira que seja possível verificar as vozes e os argumentos empregados pelas partes. Afinal, a decisão é o objetivo da busca cooperativa deduzida pelas partes e a presença de suas vozes será a métrica para verificar, na fundamentação, se os argumentos foram efetivamente enfrentados na motivação do julgado. Logo, pode-se inferir que a cooperação processual ensejará a produção de decisões legítimas, o que resulta no primeiro potencial emancipatório.

No campo das consequências exoprocessuais, a primeira delas resulta na formação comunicativa de precedentes judiciais, o que efetiva a otimização do direito pelo processo civil. A tese jurídica, denominada de *ratio decidendi* – ou razões de decidir – construída dialogicamente pela comunidade de trabalho e proferida, pelo magistrado, na sua sentença,

servirá de precedente para casos semelhantes. Nesse sentido, o precedente judicial comunicativo se afasta da filosofia da consciência contida em um livre convencimento motivado amplo e irrestrito e desemboca em um viés de agir comunicativo pleno. Ainda, os precedentes produzidos a partir da perspectiva da cooperação processual exigem que os tribunais analisem, argumentativamente, os precedentes – como assim querem Dworkin e Habermas ao, respectivamente, tratar e reconstruir o direito como integridade.

Um desdobramento da operacionalização desses precedentes implica no reconhecimento da dimensão argumentativa do acesso à justiça, já que é um direito fundamental de qualquer cidadão a aplicação adequada, consistente e coerente do direito. Na seara das instâncias superiores, a cooperação processual é direcionada também aos colegiados de julgadores, que devem construir uma regra de argumentação, a partir do intercâmbio com as partes – e com a própria sociedade civil, a depender do caso –, acerca das premissas fáticas e jurídicas. Feito isto, a partir do fator majoritário, será possível identificar qual das premissas irá preponderar na formação da regra de argumentação, que passará a guiar o julgamento. Deverá haver, nesses termos, uma dimensão de diálogo cooperativo horizontal entre os julgadores.

A proposta acima desenhada impulsiona uma mudança do formato decisório *seriatim*, atualmente empregado no direito brasileiro no qual cada membro do órgão colegiado profere sua decisão para o *per curiam*, no qual a decisão proferida é produzida pelo juízo coletivo. Apesar de ambas as modalidades comportarem variações deliberativas e ainda ser possível um modelo híbrido, no qual os votos divergentes são publicados, para uma verdadeira construção comunicativa dos precedentes judiciais, é necessária a implementação do modelo *per curiam* deliberativo. Somente assim será possível visualizar a cooperação processual em seu nível interno, com ampla deliberação e debate, pelos julgadores, nos termos da regra de argumentação aqui proposta.

Para tanto, há de se resgatar a colegialidade dos tribunais com uma discussão, pelos julgadores, das teses jurídicas aportadas, em especial nas demandas coletivas, naquelas que envolvem matéria constitucional – concreta ou abstrata –, nas que abordem a repercussão geral e nas que tratem de incidentes processuais relativos a demandas repetitivas. Nesse momento, devem ser enaltecidos os institutos da audiência pública e das sustentações orais pelos *amicii curiae*, especialmente no sentido de haver uma deliberação acerca da consolidação ou não daquele precedente oriundo das instâncias inferiores. A construção de precedentes judiciais comunicativos que respeitam a consistência e coerência da decisão

desponta como o segundo potencial de emancipação e que reforça a legitimidade – e a otimização – do direito produzido e aplicado no âmbito dos tribunais.

A terceira e última consequência atine ao *accountability* da decisão pela sociedade civil e pela doutrina, nos termos de uma cidadania ativa e vigilante. As decisões, a partir da fundamentação empregada, podem ser objeto de crítica – e aqui não se fala em mera irresignação, mas sim na compreensão dos argumentos empregados e porque determinado argumento foi o vencedor – para verificar sua adequação, consistência e coerência. Trata-se de um dever do magistrado de manter o processo argumentativo transparente, o que se traduz como uma consequência da cooperação processual e, em última análise, do direito fundamental ao devido processo legal, o qual visa proteger a liberdade comunicativa da própria sociedade civil – tratada por Habermas como parceira do Estado na formação do direito. Isso significa dizer, em outras palavras, que o poder judiciário, da mesma maneira que é convencido, também deverá convencer as esferas públicas daquilo que é decidido.

No campo acadêmico, o *accountability* da decisão permite realizar o controle das figuras de perversão do direito, que ocorrem quando o direito é aplicado estrategicamente para satisfazer fins escusos, antidemocráticos e que atendem aos interesses do sistema poder/dinheiro. Se essas figuras coíbem os potenciais emancipatórios do direito, a crítica acadêmica, fomentada pela pesquisa empírica que analisa decisões judiciais e denuncia a ocorrência das perversões, forma uma salvaguarda contra decisões autocráticas que neutralizem o poder social, segreguem grupos sociais e minorias ou que sejam produzidas arbitrariamente, desprovidas de fundamentos racionais. Tem-se, neste ponto, o terceiro e último potencial emancipatório da cooperação processual, pois se tem nela um parâmetro para verificação argumentativa do poder judiciário.

À guisa de um fechamento, a cooperação processual, enquanto norma fundamental do processo, deve ser vista como um direito fundamental do cidadão, pois resguarda os potenciais emancipatórios que residem na aplicação legítima do direito. Na perspectiva da teoria habermasiana, a cooperação processual remonta à estrutura procedimental, conforme prescrita por Habermas, que deve ser institucionalizada pelo Estado para formação das decisões judiciais corretas e consistentes.

Vale destacar que todas essas elucubrações são produzidas em uma perspectiva contrafática, de sorte que, são vários os requisitos que precisam ser cumpridos, para sua efetivação. Nomeadamente, na formação de uma nova cultura jurídica e política, que, de um lado, engaje o cidadão a ser um agente crítico das decisões judiciais, fazendo-o a partir de fundamentos radicados no mundo da vida. De outro lado, há a exigência de transparência do

poder judiciário, que implica em uma mudança na forma que as decisões são produzidas e apresentadas para a sociedade civil, com fins de justificar os fundamentos procedimentalmente construídos.

Ao cabo, como devolutiva para a comunidade acadêmica, sugere-se a realização de duas novas pesquisas: a) verificar os instrumentos, a partir da análise do discurso, que permitem reportar a construção de vozes na sentença; b) averiguar, através de pesquisa empírica, a ser desenvolvida no âmbito dos tribunais, quais são os óbices para realização da cooperação processual. E para além da temática aqui desenvolvida, uma terceira nova pesquisa a ser desenvolvida envolve identificar o exato motivo de não existirem pesquisas, na Universidade de Frankfurt, que tratem do processo civil sob a ótica da Teoria Crítica.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão projudicato em matéria de prova. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 97-110.
- ANDREWS, Christina Windsor. **Emancipação e legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas**. São Paulo: UNIFESP, 2011.
- AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- AUSTIN, John Langhsaw. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. *In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Orgs.). Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 363-372.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. (Re)Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de Processo e Nicola Picardi. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 5-26.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-348.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAXTER, Hugh. **Habermas**: the discourse theory of law and democracy. California: Stanford University, 2011.

BAYNES, Kenneth. A virada transcendental: o “pragmatismo kantiano” de Habermas. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 235-262.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 111-146.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BENHABIB, Seyla. Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition and Jürgen Habermas. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 73-98.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicos pelo novo CPC. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1347-1376.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito**: da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. **O direito da comunicação**: uma nova Teoria Crítica do direito a partir da esfera pública política. São Paulo: Fiuza, 2013.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-172.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março 2015: Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. *In*: **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369-382.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Lauro Alves de. **Princípio da cooperação e a fundamentação analítica no CPC/2015: das decisões às postulações**. Salvador: Juspodivm, 2021.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002.

CHAMBERS, Simone. A política da Teoria Crítica. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 263-294.

COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In: Anais do 9º Colóquio Habermas*, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 335-350.

COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. *Washington and Lee Law Review*. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015.

COOKE, Maeve. **Language and reason: a study of Habermas's pragmatics**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1997.

CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. *In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 11-54.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 197-211.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Seção II: Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (Orgs.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1227-1253.

DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale Univeristy, 1986.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Cooperação processual não é “companherismo processual”. *In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). Teoria Crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 225-236.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Volume II*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 287-318.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-217.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 345-358.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, pp. 44-71, jun. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. de André Karam Trindade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruaga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 501-516.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteben Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FONSECA, Carlos Medeiros da; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O contraditório substancial e o termo “fundamento” contido no art. 10 do CPC/2015. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 197-210.

FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 783-806.

FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma Teoria Crítica da política. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: UNESP, 2018.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 109-142.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAGNO, Luciano Picoli. **O novo processo civil**: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GÓES, Ricardo Tinoco de. Direito processual e filosofia do direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso - brevíssimas considerações. **Revista Direito e Liberdade**, v. 4, n. 3, p. 447-468, 2006.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil**: leituras complementares. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 199-213

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301-310.

GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 155-166.

GÜNTHER, Klaus. Communicative freedom, communicative power and jurisgenesis. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. (Orgs.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges philosophy, social theory, and the rule of law**. California: University of California, 1998. p. 238-254

GÜNTHER, Klaus. Interpretações liberais e teórico-discursivas dos direitos humanos. *In*: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 219-238.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1, April, 1995. p. 36-54.

GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January 2011, p. 407-429.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade: pequenos escritos políticos V**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: UNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. A reply. *In*: HONNETH, Axel; JOAS, Hans. (Orgs.). **Communicative action: essays on Jürgen Habermas's the theory of communicative action**. Trad. Jeremy Gaines e Doris Louise Jones. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 214-264.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Discurso de agradecimento. *In*: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 329-339.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020.

HABERMAS, Jürgen. Further reflections on the public sphere. *In*: CALHOUN, Craig. (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1992. p. 421-461.

HABERMAS, Jürgen. **Justification and application**: remarks on discourse ethics. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Knowledge & human interests**. Trad. Jeremy J. Shapiro. Cambridge: Polity, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Trad. Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **On the pragmatics of social interaction**: preliminary studies in the theory of communicative action. Trad. Barbara Fultner. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Volume I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: UNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 47, pp. 85-102. mar. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEN, Beatrice. A Teoria Crítica e o pós-estruturalismo: Habermas e Foucault. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 329-360.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Company, 1999.

HONNETH, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a critical social theory. Trad. Kenneth Baynes. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991.

HONNETH, Axel. Uma patologia social da razão: sobre o legado intelectual da Teoria Crítica. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 389-416.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2014.

JOHNSON, Pauline. Irreconcilable Differences? Habermas and Feminism *In*: FREUNDLIEB, Dieter; HUDSON, Wayne; RUNDELL, John. (Orgs.). **Critical theory after Habermas**. Volume I. Boston: Brill Laiden, 2004. p. 104-132.

JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University, 2000.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** - parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.

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

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 475-496.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 311-344.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002.

MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. **Civil Procedure Review**, v.4, n.3: 122-152, sep-dec., 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 137-158.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação**. Curitiba: CRV, 2017.

MCCARTHY, Thomas. Systems theory: complexity and democracy. In: HONNETH, Axel; JOAS, Hans. (Orgs.). **Communicative action: essays on Jürgen Habermas's the theory of communicative action**. Trad. Jeremy Gaines e Doris Louise Jones. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1991. p. 119-129.

MCCORMICK, John P. Weber. **Habermas and transformations of the European State: constitutional, social, and supranational democracy**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco Correia. (Org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'O federalista'**. São Paulo: Ática, 2006. p. 79-110.

MELO, Rúrion Soares. **O uso público da razão: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas**. São Paulo: Loyola, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford Univeristy, 2013.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica pré e pós giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação do precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER-DOOHM, Stefan. **Habermas**: a biography. Cambridge: Polity, 2016. Não paginado.

NADAI, Bruno; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Paradigmas de direito: compreensão e limites. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 269-282.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NOBRE, Marcos Severino. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. *In*: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papirus, 2012. p. 13-42.

NUNES, Dierle José Coelho. Alguns pontos cegos nas reformas processuais – a falta de um olhar panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas de execução por quantia. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Orgs.). **Constituição e processo**: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 83-118.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 57, pp. 17-52, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Processo constitucional contemporâneo. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CARDOSO FILHO, Petrônio Calmon Alves; NUNES, Dierle José Coelho. (Orgs.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 1-31.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 101-140.

NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213-240.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 125-150

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 45, pp. 102-109, jun. 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do direito como integridade de Dworkin e da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas**. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-17, abr./jun. 2019.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. A fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril de. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 663-680.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma fundamental do processo civil brasileiro: aspectos conceituais, estruturais e funcionais. **Civil procedure review**. v. 9, n. 1, p. 101-124, apr, 2018.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Por um processo civil comunicativo e dialógico. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 517-545.

PETTIT, Philip. Deliberative democracy and the discursive dilemma. **Philosophical Issues**, (supp. to *Nous*), v. 11, p. 268-299, 2001.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, jun. 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Prefácio. *In*: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. (Orgs.). **Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. VII-XXV.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/2015. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: procedimento comum**. Volume II. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 283-298.

REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica**. São Paulo: Singular, 2008.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.) **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**.

São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55 -72.

REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008. p. 161-182.

REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. *In*: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 75-88.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, n. 19, v. 37, 99-124.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 21-32.

ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. (Orgs.). **Habermas on law and democracy**: critical exchanges. Berkeley: University of California, 1998. p. 82-114.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHAUER, Frederik. Precedente. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-86.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411-450.

SEARLE, John Rogers. **Mente, linguagem e sociedade**: filosofia no mundo real. Trad. F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on trial**: the independence and accountability of the english judiciary. 2. ed. Cambridge: Cambridge Univeristy, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241-260.

SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In: DIAS, Luciano Souto. (Org.). Temas controvertidos no novo código de processo civil.* Curitiba: Juruá, 2016, p. 169-178.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico.** Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas.** Curitiba: Juruá, 2007.

SPÅNG, Mikael. **Emancipation, democracy and the modern critique of law: reconsidering Habermas.** Londres: Palgrave Macmillan, 2018.

SPECTER, Matthew G. **Habermas: an intellectual biography.** Cambridge: Cambridge University, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos.** Ijuí: Unijuí, 2010.

STAHL, Titus. John Searle. *In: ALLEN, Amy; MENDIETA, Eduardo. (Orgs.). The Cambridge Habermas Lexicon.* Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 683-684.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Girogio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante” – Riscos da formalização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro.** Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, jun 2015.

SUMMERS, Robert Samuel. **Instrumentalism and american legal theory.** Londres: Cornell University, 1982.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil.** Trad. Anderson Vincheski Texeira *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. **La prueba.** Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Volume I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 329-348.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 13-34.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VOIROL, Oliver. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. **Cadernos de filosofia alemã**: crítica e modernidade. São Paulo, v. 11, p. 33-56, jun. 2008.

VOIROL, Oliver. Teoria Crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 93, p. 81-99, jul. 2012.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WHITE, Stephen Walsh. A própria ideia de uma ciência social crítica: uma virada pragmática. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 361-388.

WHITEBOOK, Joel. A união de Marx e Freud: a Teoria Crítica e a psicanálise. *In*: RUSH, Fred (Org.). **Teoria Crítica**. Trad. Beatriz Katinsky e Regina Andrés Rebollo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008. p. 105-134.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **O livro castanho**. Trad. Jorge Marques. Rio de Janeiro: Edições 70, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 10. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.