ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DIREITO PROCESSUAL E FILOSOFIA DO DIREITO: UMA VISÃO DO PROCESSO COM APORTE NA TEORIA DO DISCURSO - BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES

PROCEDURAL LAW AND PHILOSOPHY OF LAW: A GLANCE OF THE PROCESS WITH CONTRIBUTION OF SPEECH IN THEORY - BRIEF CONSIDERATIONS

Ricardo Tinôco de Góes*

RESUMO: Com a reviravolta lingüística na segunda metade do século XX, nova fundamentação para o Direito surge como centro de discussões sobre a validade e a legitimação social das decisões judiciais. É na linguagem e na ação comunicativa que são identificados os novos métodos de decidibilidade dos conflitos, sendo o processo o palco adequado para o enfrentamento dessas questões. Uma Teoria do Processo, comprometida com esse paradigma discursivo, de fundo democrático, é que se concebe para essa realidade, substituindo o modelo monológico e subsuntivo de aplicação das regras jurídicas por um outro de base dialógica, devotado à produção de decisões que reflitam a construção democrática de cada solução para cada caso concreto.
Palavras-chave: Teoria Geral do Processo. Tutela Jurisdicional Adequada. Teoria do discurso. Procedimento. Ação Comunicativa.

ABSTRACT: With the linguistic turn in the second half of the twentieth century, a new foundation for the law comes as the center of discussions on the social validity and legitimacy of judgments. It is in language and communicative action that are identified new methods of decidability of conflicts, having the process as the proper stage to face these issues. A Process Theory, committed to this paradigm of discourse, of democratic background, is conceivable to this reality, replacing the monologic and subsuntive model of application of legal rules by another one of basic dialogue, devoted to the production of decisions that reflect the democratic construction of each solution to each individual case.
Keywords: General Theory of Process. Adequate legal protection. Discourse theory. Procedure. Communicative Action.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN e da Universidade Potiguar – UNP. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: ricardotinoco@tjrn.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Antes de deter-me na elaboração do presente trabalho, resolvi que apontaria dois aspectos preliminares para bem situar o leitor à sua adequada compreensão.

Primeiramente, aponto o fato de que o assunto aqui versado só possui uma única destinação: a de servir para abrir o debate sobre um novo modelo de Teoria do Processo, considerando o giro lingüístico que atingiu de cheio toda a concepção em torno do Direito na segunda metade do século passado.

Num segundo momento, tenho a pretensão de demonstrar que o processo representa um campo fértil à abordagem dessa reviravolta na compreensão do fenômeno jurídico, isso porque a sua representação dinâmica, consubstanciada na relação processual, é propícia a essa finalidade.

Com isso, procurarei mostrar que não obstante o seu profundo comprometimento com a filosofia juspositivista, o processo e o Direito Processual estão, juntos, marchando para uma nova etapa de sua elaboração científica, amalgamada a uma nova realidade recém descortinada no cenário da filosofia do Direito.

Penso que é por demais interessante tratar de um assunto afeto à Filosofia do Direito relacionando-o diretamente a uma área da dogmática jurídica, como é a do Direito Processual. Essa relação tenta desmistificar a idéia de que estudar Filosofia do Direito é ingressar num mundo nebuloso de abstrações sem quaisquer conseqüências práticas. Muito ao contrário, talvez essa pequena iniciativa possa ajudar a compreender que sem a Filosofia, dificilmente poderíamos progredir e reformular, quando necessário, o que dogmaticamente nos foi legado pelas gerações anteriores.

Postas assim as advertências, comecemos a empreitada.

I -

De muito longe vem a impressão, cada vez mais acentuada, de que, dos ramos do Direito Público, talvez o Direito Processual seja um dos que mais recebeu a influência das teorias juspositivistas[1].

1 Fala-se em Teorias Juspositivistas para destacar que o positivismo jurídico não se fundamentou apenas numa ou noutra formulação teórica. É possível afirmar que a partir da Escola da Exegese até a exposição da Teoria Pura de Hans Kelsen, muitas foram as teorias que colaboraram para a lapidação do conceito de Direito que fosse fruto de uma elaboração científica axiologicamente neutra.

Certamente que essa fundamentação explica-se, primeiramente, pela contemporaneidade dessa relação: o Direito Processual foi reconhecido como ramo autônomo do Direito Público em 1868, com a publicação do célebre trabalho de Oskar Von Bülow, intitulado "Dos pressupostos e das exceções processuais", pelo qual se tornou possível explicar que o exercício do direito de ação leva, inevitavelmente, à formação de uma relação que se diferencia da relação de direito material que lhe é subjacente, isso porque possui pressupostos próprios e uma forma de desenvolver-se no tempo que lhe confere uma induvidosa autonomia.[2]

Já antes, em 1856, Adolph Wach demonstrara que a ação distingue-se do direito material que a sugere, porquanto tem uma natureza instrumental que a aparta, ontologicamente, da pretensão (*anspruch)* e, portanto, do conteúdo do direito que visa a proteger, mais tarde definido como mérito da ação ou mérito da causa (*meritum causae*)[3].

Esses dois marcos históricos são praticamente contemporâneos aos debates instaurados pelos movimentos culturais e filosóficos que deram origem, e que depois sedimentaram de vez, à doutrina positivista do Direito.

Veja-se que ambos são da segunda metade do século XIX, exatamente a centúria que viu nascer o movimento da codificação do Direito, após a edição do Código de Napoleão (1804)[4] e o advento da escola da exegese[5], com todo o seu manancial de princípios retores do culto e da idolatria à lei. Daí que se deve reconhecer que o nascimento da ciência do processo é imediatamente subseqüente ao nascimento do próprio positivismo jurídico.

Note-se, segundo os exemplos dados, que tanto a teoria do processo como relação jurídica, como a teoria da ação como direito autônomo são ela-

2 Bülow mostrou que a angularidade da relação processual enseja a presença de pressupostos processuais que jamais se identificam com o caráter linear da relação jurídica de Direito Material.

3 Wach é precursor da denominada Teoria do Direito de Ação como Direito Concreto, porquanto o exercício da ação é direcionado a um resultado material, sempre conducente, segundo o autor, a uma sentença favorável. Mais tarde, essa teoria veio a contrapor-se definitivamente à corrente teórica denominada autonomista abstrata, que concebia o Direito de Ação completamente desvinculado de qualquer resultado concreto. A ação, para esses, é uma faculdade pertencente ao cidadão para obter unicamente a prestação jurisdicional do Estado.

4 Quando se alude ao Código de Napoleão relacionando-o ao positivismo, assim se faz porque não fosse o fenômeno da codificação do Direito, iniciado a partir daquele diploma, maiores dificuldades teria o positivismo para afirmar-se como doutrina também predominante na esfera do Direito.

5 Composta, basicamente, pelos redatores e intérpretes iniciais do Código de Napoleão, tais como Pothier, Portalis, Laurent e Bugnet. Este último, sem embargo de ter sido um dos mais conhecidos professores de Direito Civil, dissera: "eu não conheço o Direito Civil, apenas ensino o Código de Napoleão".

borações científicas que primam pela utilização do método positivista de construção acadêmica. De observar que ambas buscam soluções internas ao próprio fenômeno processual, traçando uma linha divisória nítida entre o que pertence ao mundo do processo e o que pertence ao mundo do direito material.

Veja-se o interesse de justificar os institutos processuais segundo uma lógica do sistema, mediante a apresentação de soluções que fossem diretamente relacionadas às situações suscitadas, de acordo com a lógica de uma única resposta possível para cada problema dado, sempre com o fim de manter fidelidade ao ideal de "purificação" do processo, imediatamente antecedido pelo conhecido ideal de "purificação" do próprio Direito.

Demais disso, há também razões não só de cunho histórico, mas também de justificação social do próprio fenômeno jurídico que servem, por igual, para demonstrar essa fundamentação positivista na base do Direito Processual.

É impossível não reconhecer que o exercício da atividade judicial sempre se mostrou perigoso para as classes sociais ascendentes ao poder. Isso se tornou claro durante o absolutismo dos déspotas esclarecidos, quando o rei aliado à nobreza exercia a última palavra no campo da jurisdição e, mais acentuadamente, depois, com o advento da revolução francesa, em que a burguesia, para manter-se hegemonicamente no poder, resgatou a teoria da tripartição dos poderes, finalmente utilizada por Napoleão para fazer vivificar o dogma de Montesquieu, vazado na máxima de que o juiz devia ser apenas a boca da lei (*la bouche de la loi*).

O processo, desse modo, sempre foi em sua origem informado por uma doutrina que o concebeu como instrumento para a aplicação matematizada das regras jurídicas, tudo isso mediante o recurso a uma interpretação mecanicista, própria de uma lógica binária do sujeito-objeto, típica da conhecida filosofia da consciência. [6]

Há, ainda, uma outra razão a justificar a filiação do processo e do

6 Denomina-se de filosofia da consciência o conjunto de postulados que permearam o pensamento científico aplicável ao Direito e que são responsáveis pela formulação de uma hermenêutica jurídica clássica, calcada na perspectiva de que o intérprete é mero decodificador do sentido literal dos dispositivos jurídicos. Vivencia ele um mundo completamente distinto do objeto interpretado (a norma). Sua atividade é fundada numa lógica do sujeito-objeto, em que as verdades já são todas existentes, pré-estabelecidas e completamente contidas nos objetos, no caso os preceitos normativos, cabendo unicamente ao sujeito (intérprete) a capacidade de extraí-las.

Direito Processual por conseqüência, aos postulados juspositivistas. Trata-se da iniludível constatação de que era preciso criar uma ciência que permitisse procedimentalizar o acesso à justiça, com vistas à manutenção dos princípios da segurança jurídica e daquilo que o positivismo generalizou com o nome de "ordem social".

Desse contexto, extrai-se que o processo, de modo velado, possuía uma função subliminar, exatamente para atender aos objetivos daqueles que se revestiam dos ideais juspositivistas, para manter o *status quo*. Assim, criava-se a impressão de que o acesso à justiça servia a todos, segundo um modelo de igualdade estritamente formal, e de acordo com um só tipo de procedimento, a fim de que os princípios básicos da convivência grupal, também erigidos pelo positivismo, não fossem alterados, e conseqüentemente, não colocassem em xeque a "segurança jurídica" e a "ordem social". Aquela, vista em sinonímia com a expressão "segurança do Direito Positivo", ou seja, manutenção da literalidade das regras jurídicas criadas pelo poder do Estado, e esta, considerada como a ordem vigente ou "estado atual das coisas".

Nessa contextualidade, é impossível não confirmar que o processo, tal como o conhecemos, foi produto de uma doutrina ideologicamente comprometida com a filosofia positivista. Não fosse assim, não o teríamos herdado como um subsistema do Direito Público, cujo aperfeiçoamento, no que se refere a seus institutos, sempre se deu segundo uma óptica interna ao próprio sistema, rendendo ensanchas a um avassalador crescimento de teorias que procuravam justificá-lo também internamente, o que deu partida ao que se convencionou nominar de etapa autonomista da ciência processual, posteriormente reconhecida como uma fase de imensos prejuízos à própria definição da sua finalidade[7].

Nesse evolver histórico sobre o processo e o Direito Processual, é ressaltar a posterior consagração, com Mauro Cappelletti, da denominada fase ou etapa da instrumentalidade, em que despontou no horizonte da ciência jurídica um novo paradigma processual, então voltado para os seus mais

7 A denominada fase ou etapa autonomista do processo rendeu ensanchas ao surgimento de inúmeras teorias sobre os institutos do Direito Processual, todos concebidos como realidades separadas da realidade do direito material que sempre lhe foi subjacente. Daí o aparecimento das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, perfeitamente explicáveis como fórmulas para o encerramento da relação processual, embora com a subsistência da relação litigiosa de Direito Material.

autênticos escopos, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, os escopos jurídico, político, social e econômico, mediante os quais se tencionou atingir o *thelos* mais legítimo do processo, qual seja, o de servir de instrumento à consecução prática dos mais variados direitos materiais.

Mesmo assim, é preciso reconhecer que ainda se padece de muitos dos vícios de postura, visão e cientificidade, que antes serviram para fundamentar a antes dita etapa autonomista. Se fomos capazes de perceber que o processo deveria ser entendido do ponto de vista de uma nova perspectiva, fundada de acordo com nova teleologia, continuamos equivocados quanto ao modo, ou ao método, de atingir essa finalidade. A lógica que serviu para pautar a ciência do processo, consoante as matizes juspositivistas, ainda é, lamentavelmente, a mesma lógica que se põe a serviço do ideal instrumental, daí que se prodigalizou a afirmação de que ainda estamos longe de ter o processo como um verdadeiro instrumento de tutela dos direitos materiais.

II

E por que será que tudo isto ainda está a ocorrer? Vejamos em seguida.

A resposta a essa pergunta passa, necessariamente, pela constatada mudança de paradigma do próprio modo de conceber o Direito, após a conhecida reviravolta lingüística ocorrida na segunda metade do século XX. Parece inicialmente estranha a relação imediata que se faz entre linguagem e Direito, mas o que se sabe é que, no estado atual de elaboração acadêmica (o atual estado da arte), é impossível pensar em qualquer construção cultural, inclusive a jurídica, sem que se tenha a linguagem como *medium* para a sua admissão no mundo da vida. É a constatação de que nada se constrói ou se desenvolve sem que se tenha a linguagem como pressuposto básico.

Para o Direito, essas assertivas assumem um grau de importância ímpar, uma vez que o pensamento reducionista que circunscrevia a elaboração do Direito à pena do legislador, consoante o paradigma eleito pelo positivismo, encontra-se completamente superado. Diferentemente, vê-se que o Direito é uma realidade que se situa em um plano muito mais amplo que o da subjetividade de quem o elabora oficialmente (legislador), ou de quem

o aplica para a solução dos conflitos de interesses (juiz). O Direito reflete uma realidade intersubjetiva mediada pela linguagem, exposta através de um discurso fundado em bases legitimamente extraídas do agregado social.

Isso significa dizer que há Direito em todas as relações interpessoais, independentemente de que o Estado se arregimente para prevê-las no ordenamento jurídico-positivo do qual se incumbe institucionalmente[8]. Isto faz romper um dos mais tradicionais dogmas do positivismo jurídico, qual seja o de sustentar uma divisão drástica entre o Direito e os demais sistemas de controle das relações presentes na sociedade, dado que aquele sempre foi divisado como construção de origem estatal, enquanto que os outros, com suas origens calçadas em bases jusnaturalistas, sempre foram relacionados à projeção da subjetividade das pessoas (moral e convencionalismos sociais).

Na medida em que a linguagem, seja na perspectiva dos jogos intuídos por Wittigenstein, seja na classificação dos atos da fala, apresentada por Austin e, depois, por Searle, dá origem a tudo o que nos circunda, segundo uma racionalidade comunicativa que permeia toda a nossa existência, ela também será, nessa mesma perspectiva, o ponto inicial para uma racionalidade jurídica fundada na comunicação.

Em outras palavras: é impossível imaginar o Direito sem que se tenha como premissas inevitáveis as ações comunicativas coexistentes no mundo da vida e mantidas entre as pessoas. O Direito nasce e se desenvolve nesse universo; no universo da lingüagem e, portanto, será a partir de uma racionalidade presa ao paradigma da lingüagem que se perceberá toda a utilidade do Direito como sistema não só destinado ao alcance dos objetivos juspositivistas antes citados (pretensa manutenção da ordem social e da segurança jurídica), mas fundamentalmente para que se proporcione a tutela dos mais variados interesses e direitos emergentes do agregado social. É que da comunicação intersubjetivamente realizada surge a legitimidade do Direito e, por conseguinte, a validade das regras jurídicas estabelecidas segundo um procedimento discursivo racionalmente elaborado.

8 Aliás, essa constatação, não é à toa, motivou um considerável número de estudos doutrinários sobre o que se convencionou chamar de pluralismo jurídico, isto é, o surgimento de uma grande quantidade de "ordens" jurídicas todas de origem não estatal, conseqüências imediatas da própria insuficiência da ação estatal na elaboração de regras jurídicas que atendessem aos objetivos mais diversos insertos na sociedade.

Essas visões, inspiradas na linguagem, serviram para que Jürgen Habermas construísse as suas conhecidas Teorias da Ação Comunicativa e do Discurso, ambas com inquestionável aplicação ao fenômeno jurídico. Pela primeira, tem-se o reconhecimento de que o Direito é fruto de uma ação que se faz, dia a dia, mediante a comunicação entre as pessoas. Por intermédio do exercício de atos perlocucionários, os sujeitos de Direito exercem as suas faculdades numa relação de mútua e contínua comunicação, objetivando o estabelecimento de regras que simultaneamente sejam racionalmente válidas e legítimas. Admite-se, assim, que cada fala já contém uma ação capaz de produzir conseqüências jurídicas.

Centrando a legitimidade do Direito praticado na sociedade na idéia do consenso, a Teoria da Ação Comunicativa furta-se, assim, de vincular a idéia de legitimidade ao conceito de legalidade, assim como fora pautada a filosofia juspositivista do século XIX. Por sua vez, ao tratar da comunicação, eleva o uso da linguagem, valendo-se agora de uma lógica que relaciona sujeito a sujeito e pondo o objeto no mesmo universo em que se situam os sujeitos de Direito. Dessa forma, não se admite a disposição de regras jurídicas destinadas à convivência em sociedade sem essa origem dialógica (comunicativa), até porque, repita-se, a validade das regras está indissociavelmente relacionada a essa prática comunicativa.

A esse respeito, colho da doutrina especializada, magnífico ensinamento contido nas palavras de Luiz Moreira, uma das maiores autoridades nacionais que cuidam de interpretar a obra de Jürgen Habermas, quando diz:

> Ora, o procedimento legislativo precisa estar em condições de institucionalizar a vontade democrática dos cidadãos. Mas como isso ocorre? Em dois passos. O primeiro passo vem a ser a concepção pós-metafísica de uma autoconstituição da liberdade comunicativa, que se expressa através da livre composição dos temas e contribuições que devem formar a agenda de institucionalização. Ou seja, as liberdades comunicativas devem ser canalizadas de tal modo que possibilitem a livre constituição da esfera normativa através de processos democráticos. Com isso, os membros de uma comunidade jurídica formulam, como

> co-autores da ordem jurídica, as diretrizes dos discursos públicos que devem ser institucionalizados juridicamente. O outro passo é a etapa de correição processual. O procedimento jurídico deve compor-se de tal modo que sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos assuma ares institucionais, isto é, devem ser institucionalizados procedimentos que afastem a contingência de decisões arbitrárias e que não permitam a constituição de uma normatividade jurídica autopoiética[9].

E, em linhas após, desfecha com toda a ênfase, proclamando:

> O ordenamento jurídico só passa a ser normativo no momento que incorpora a dimensão da liberdade comunicativa, pois essa normatividade é tão-somente mediata, porque, para constituir-se como normativo, o ordenamento jurídico precisa ser reconhecido como legítimo. O simples fato de ser fruto de um procedimento legislativo não confere à norma jurídica autoridade absoluta. Antes, porém, o fato de ser norma jurídica lhe confere autoridade relativa, pois estando aberta à comprovação fática sua legitimidade é tributária de sua vinculação a processos democráticos[10].

Mas, além da ação comunicativa, há que emprestar igual relevo ao procedimento discursivo, fonte de onde promana a teoria habermasiana do discurso jurídico. Se, pela teoria da ação comunicativa reconhece-se a validade das regras jurídicas, segundo uma gênese que se rasa numa lógica do sujeito-sujeito, pela teoria do discurso atribui-se a essas relações intersubjetivas o percurso de um procedimento discursivo racionalmente estabelecido na sociedade.

Habermas, diferentemente de Alexy, não aquiesce à idéia de que o discurso jurídico seja uma espécie do discurso prático geral. Embora o Direito advenha de uma prática comunicativa, estatui-se segundo um procedimento próprio, metodicamente eleito pelo grupo, para essa finalidade específica.

9 **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed. Mandamentos Editora, p. 145-146.
10 Op. cit. p.146.

Nesse sentido, assim se pronuncia Álvaro Ricardo de Souza Cruz, eminente professor e estudioso da obra de Habermas, quando pontifica:

> Habermas aposta no procedimentalismo para encontrar a chamada moralidade pós-convencional. Em oposição à produção interior e monológica das normas jurídicas, pautada em uma moral convencional, ele propõe um procedimento dialógico/discursivo fundado no "princípio da moralidade": a moral transforma-se num procedimento fundado na noção de reciprocidade, de maneira a permitir/garantir o florescimento de distintos projetos de vida[11].

E, depois, em passagem posterior, arremata:

> Dessa forma, o racionalismo habermasiano encontra a resposta correta nas condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação e de justificação necessárias aos discursos de fundamentação e de aplicação. Para tanto, vê como necessária a interação do Direito com os demais sistemas sociais. Com a política essa interação se perfaz por meio dos princípios da democracia e da política deliberativa que, ao incorporar argumentos não morais à discussão, incrementa o grau de coesão e de aceitação do ordenamento jurídico[12].

Veja-se que a adoção de um procedimento moral, fundado no diálogo e no discurso, consiste na base para a justificação e a aplicação do Direito, isso porque é o próprio Habermas quem defende a existência de uma relação de co-originalidade entre o Direito e a Moral, à diferença das relações de complementaridade ou de absoluta separação entre esses sistemas, defendidas, respectivamente, por alguns paladinos do jusnaturalismo racionalista (a exemplo de Kant) e do juspositivismo (a exemplo do normativismo de Kelsen).

Põe-se, portanto, a seguinte asserção: a prática jurídica é antes uma prática discursiva decorrente da comunicação que se realiza entre as pesso-

11 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.134.
12 Op. Cit. p. 154.

as, 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.

É por demais importante a compreensão dessa nova perspectiva, visto que ela se irradia por todos os segmentos da prática jurídica, aliviando a tensão existente entre o Estado, na qualidade de ente eleito pelo positivismo como propulsor do sistema jurídico, e a sociedade, na condição de verdadeira destinatária desse sistema.

Agora, segundo a concepção habermasiana, o cumprimento rigoroso do procedimento discursivo, retratado fielmente na sua teoria, consoante um método autêntico, democrático e dialógico, desonera o Estado da missão de promover originariamente o sistema jurídico, passando a colocar o seu aparato técnico e burocrático a serviço da chancela dos interesses sociais, nitidamente identificáveis mediante a prática discursiva. A norma jurídica produzida pelo Estado passa ao papel de regra de ratificação do interesse plasmado nas relações sociais, cujo compromisso se estabiliza num procedimento discursivo realizado segundo aquelas matizes.

Dessas afirmações preliminares, parece-me já ser possível antever qual a relação que há entre a formulação da Teoria Discursiva do Direito com o Processo, visto assim enquanto instituição jurídica.

Essa relação, pode-se dizer, serve para uma proposta, ainda embrionária, de reformulação da própria Teoria do Processo, pois indica que, se o Direito, como objeto cultural, assim amplamente considerado, já não mais pertence àquela ordem monológica de atuação estatal, uma vez que sua legitimidade e validade vinculam-se a outra origem, tanto o Direito Processual quanto o processo não podem mais ser vistos como realidades ônticas presas aos ideais juspositivistas.

Servindo a um dos princípios basilares do Estado Democrático de

Direito, o processo se destina a viabilizar o acesso à justiça. Este é, por assim dizer, o ponto alto de sua Teoria Geral, fruto de uma informação cingida à Teoria da Constituição e à Teoria dos Direitos Fundamentais.

De fato, na atualidade, o acesso à justiça ocupa lugar central na Teoria do Processo e, por isso, não pode prescindir de uma elaboração em consonância com a Teoria que, atualmente, informa a compreensão do próprio Direito.

Dito isto, torna-se francamente possível sustentar que o processo se formaliza e se desenvolve 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.

A propósito, veja-se que a conformação dialética da relação processual favorece, e muito, essa sustentação. Mesmo o positivismo jurídico, que se serviu do processo para legitimar as ações estatais, visando à composição dos conflitos, sempre materializou essa atuação estatal em conformidade com a teoria angular da relação processual, que prevê um contínuo debate entre as partes, sempre mediado pelo juiz.

A atividade processual, portanto, se identifica claramente com a prática discursiva. Resolve-se dialogicamente e mediante um método racional de comunicação entre os sujeitos parciais e o sujeito imparcial (o juiz) do processo.

Esse método racional é o procedimento[13]. Ele concentra todos os momentos e oportunidades de participação entre os contendores, aqui vistos como sujeitos de uma argumentação jurídica que estão relacionados por uma metalinguagem que visa a atender aos objetivos eleitos para a solução de cada controvérsia.

III

Mas, se parece clara a conformação da estrutura da relação processual aos postulados básicos da Teoria Discursiva do Direito, quais os principais pontos de estrangulamento que se mostram como obstativos à reformula-

13 Procedimento visto assim não como mera forma de condução dos atos processuais. Essa idéia clássica é substituída pela perspectiva que o toma como um *método*, isto é, como uma especial maneira não só de bem realizar os atos do processo, mas também de administrá-lo como uma unidade que não existe fora da realidade intersubjetiva, representada pelas partes e pela sociedade da qual aquelas pertencem.

ção da Teoria do Processo?

Parece-me que o oferecimento de uma resposta convincente a esta indagação força o retorno de nossa análise ao início da presente exposição. Vejo que o perpassar do tempo trouxe ao positivismo jurídico, mesmo que de maneira subliminar, uma sensível reconsideração de suas bases, numa clara demonstração de sua insustentabilidade frente à nova realidade do Direito e, especialmente, à nova realidade do Processo.

Não se pode estranhar, por exemplo, as vezes em que se realizaram reformas na legislação processual com vistas à flexibilização de certos institutos processuais, permitindo-se, com isto, maior liberdade das partes e do juiz para que possam encontrar mais facilmente uma solução para o caso concreto. Veja-se o que ocorre com a fungibilidade entre as medidas de urgência de estirpes cautelar e antecipatória, bem como entre algumas espécies recursais e algumas demandas especiais (como é de ocorrer com as ações possessórias). A liberdade de que goza a parte e, principalmente, o juiz para adaptar essas situações, fazendo com que o instrumento se curve ao sentido protetivo do direito material, é induvidosa.

Igual situação se verifica quando da distribuição convencional do ônus da prova, assim como pela adoção subsidiária das regras formais do procedimento ordinário ao rito sumário. O mesmo se diga quando da fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC, oportunidade em que, pelo debate, o juiz e as partes se dedicam à indicação dos temas que serão explorados por ocasião da instrução oral.

Enfim, todos esses casos são indicativos da substituição de um paradigma rígido, formalmente inflexível e fundado no absoluto controle dos atos processuais, pelo Estado, através da lei, por um modelo flexível em sua forma e simples em seu conteúdo, que enxerga a viabilidade da atuação processual, por intermédio de um concurso de vontades, estatuído pelo diálogo e debate entre os litigantes.[14] É o reconhecimento de que o exercício dos atos que compõem o processo, no sentido de deliberarem sobre a solução a ser construída para o caso, guarda muito maior autenticidade do que

14 Foge-se, assim, da perspectiva de que a saída para o conflito sempre se encontra contida na lei, como se esta sempre contivesse essa solução em seu conteúdo, cabendo ao intérprete (juiz) a tarefa de descobri-la.

um sistema que cerceia essa liberdade em prol de uma hegemonia normativa, ficticiamente identificada com o ideal democrático do Estado Liberal.

Esses exemplos mostram que, pouco a pouco, tem-se cedido espaço a uma prática argumentativa que não é só capaz de reger dialética e dialogicamente os rumos do processo, sendo ainda mais capaz de servir como fonte legítima à criação de normas jurídicas concretas, tais como aquelas que se inserem nos conteúdos das sentenças judiciais[15].

Vejamos qual o raciocínio que infunde esta última afirmação.

Sabe-se que parcela da doutrina clássica considera a sentença judicial como uma espécie de norma jurídica, asseverando, inclusive, que ela está a compor o ordenamento jurídico, situando-se em sua base. A explicação apresentada é a de que ela expressa um comando normativo direcionado à disciplina de relações jurídicas controvertidas, decorrentes de casos concretos, tendo, pois, eficácia *inter partes*.

Tenha-se por presente que a sentença, sendo uma norma, não poderia fugir do paradigma clássico, jungido à definição juspositivista do Direito. Desse modo, para se manterem fiéis à doutrina, o que fizeram os paladinos dessa filosofia? Procuraram aplicar à sentença judicial a mesma lógica que rege a produção das normas jurídicas abstratas.

Nessa ordem, se a sentença, de sua vez, não pode surgir, diretamente, da lavra do legislador, que viesse a defluir, fidedignamente, do preceito legal criado por ele. Eis a mecânica da aplicação do Direito: o juiz deve proferir uma sentença que aplique a lei (abstrata) ao caso concreto, do que se deduz facilmente que, para o positivismo jurídico, a sentença *é* a mesma norma abstrata, só que adaptada aos contornos factuais decorrentes de um caso concreto.

O problema é que o rumo tomado pela prática processual não foi esse. O que se viu e o que se vê é a crescente necessidade de ter-se a norma abstrata, apenas, como ponto de partida para a construção de uma norma concreta, e com a aceitação de que há toda uma carga de subjetividade por trás de sua elaboração. Exercita-se, dia a dia, uma prática discursiva em que

15 A sentença representa, assim, o ponto culminante dessa prática discursiva. A base de legitimidade da decisão nela contida decorre, essencialmente, do fato de que ela deve representar a criação de uma norma para o caso concreto, não mais decorrente da atividade monológica do juiz, mas da prática dialógica estabelecida entre ele e as partes, democraticamente.

se estimulam a convenção das partes, o exercício da mediação e da conciliação, técnicas produtoras de regras jurídicas novas, fundadas na diferenciação substancial existente entre os conflitos.

De modo que o modelo de subsunção do fato à norma abstrata não serve mais à formulação da sentença judicial. A gênese dessa norma concreta (a sentença) não reside na lógica formal do positivismo jurídico, calçada no silogismo presente entre a premissa maior (lei) e a premissa menor (fato), sendo de extrair a conclusão (sentença) do enquadramento forçado que se fizesse da segunda premissa ao seu antecedente lógico (premissa maior).

O processo, na pós-modernidade, é cenário de profícuas construções normativas, todas produzidas pela participação decisiva das partes e do juiz. O modelo da subsunção e a técnica de aplicação monológica do Direito estão sendo paulatinamente substituídos pelo procedimento discursivo e pela técnica de construção dialógica/dialética das regras jurídicas. Se antes a regra devia ser *extraída* do sistema posto, agora o que se pretende é que ela seja *construída*, mediante uma participação democrática e plural, tendo as partes e o juiz como os verdadeiros protagonistas dessa construção. Trata-se de uma verdadeira reviravolta no modo de conceber a Teoria do Processo.[16]

Quando hoje se fala, por exemplo, em tutela jurisdicional diferenciada, está-se com isso a ratificar o que acima foi dito. Por seu intermédio, permite-se que se saia do monismo procedimental estatuído na lei, para que se busquem procedimentos capazes de refratar as peculiaridades de cada caso, através de técnicas discursivas que visam a otimizar o exercício de garantias constitucionais, como as do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, ao se tentar responder à pergunta sobre os pontos de estrangulamento que inviabilizam a adoção da teoria discursiva, podemos dizer que essa dificuldade reside na persistência quanto ao uso de um modelo ultrapassado que, por exemplo, mimetiza a sentença com a norma jurídica abstrata, mesmo quando são os próprios legisladores que, de quando em quando, intuem a necessidade de mudança e propiciam alterações legislativas que apontam para a ruptura desse modelo.

16 Concebe-se a atuação das partes como elemento decisivo ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Deixam de ser meras destinatárias da decisão judicial e passam a construir, juntamente com o juiz, a regra concreta que servirá a solução de suas contendas.

O que se tem é o reconhecimento de que o modelo juspositivista faliu quando tentou universalizar, para o plano do processo, o dogma de que a sentença deve representar a aplicação da lei (norma abstrata) ao caso concreto. Provas disso são às vezes em que o legislador, com as reformas normativas que produz, vem cedendo espaço a uma ampla abertura para a atuação dos sujeitos processuais, redimensionando essa vinculação entre a norma abstrata e a norma concreta extraída da decisão judicial.

Apenas para exemplificar, observe-se o que ocorre quando da prolação de uma sentença no campo das obrigações de fazer e de não fazer. Tratando-se de tutela específica, é o próprio § 5° do art. 461 do CPC que estabelece a possibilidade de o juiz, para a efetivação da tutela, determinar *as medidas necessárias*, apontando, em rol meramente exemplificativo (*numerus abertus*), algumas providências que assegurem o resultado prático objetivado pela decisão.

No caso citado, é o próprio legislador que confere ao juiz a discricionariedade necessária para avaliar qual a medida que, segundo o caso concreto, deva ser adotada. É nítida a franquia conferida para a construção de uma regra jurídica concreta, atendidas as peculiaridades do caso, e é óbvio que essa regra só pode resultar de uma prática discursiva que congregue todos os participantes do processo, prática essa que, inclusive, impede ao juiz o recurso a uma medida arbitrária, incapaz de refletir as conclusões ressaídas do diálogo empreendido nos autos.

Decerto que o juiz, para saber qual a *medida necessária*, assim agindo com o fito de assegurar a efetividade da tutela, deverá ter colhido das partes todas as informações imprescindíveis, seja no plano jurídico, seja no plano fático, acerca desse tipo de providência. No caso, mesmo que se aceite que a medida é *determinada* pelo juiz, vê-se que essa *determinação* só se faz possível na medida em que é antecedida pela prática discursiva fomentada no processo. Isso é tão claro que nos permite, com singeleza, dizer que a medida adotada é fruto de uma escolha que se constrói discursivamente pela concorrência das partes e do juiz. Ela é, pois, uma medida resultante da participação de todos, indistintamente, tendo o juiz apenas como o seu mero expositor.

IV

Portanto, de tudo a que se propõe a Teoria do Discurso, inclui-se a possibilidade de extrair-lhe a incidência sobre o processo, modificando por completo a atuação dos sujeitos processuais, dando que realizada, agora, segundo um paradigma discursivo de co-participação e intersubjetividade. Não que essa mudança paradigmática traga a segurança absoluta de que os conflitos serão sempre compostos mediante a convergência de interesses, alcançada pelo discurso. É como bem adverte Artur Kaufmann, quando diz:

> A meta do discurso filosófico é o alcançar de um *consenso intersubjectivo* e, neste sentido, de verdade. Contudo, também não deve entender-se o fracasso do consenso como o equivalente a um fracasso da comunicação. Pelo contrário, a comunicação pode significar a compreensão e a aceitação recíprocas precisamente em relação àquelas perguntas que têm de ser suportadas sem resposta. Esta é uma exigência do *princípio da tolerância*[17].

Assim, visando ao estabelecimento dessa base dialógica, não há mais como conceber os atos de postulação, saneamento, instrução e julgamento como atividades dissociadas umas das outras. Na verdade, essas fases são ultrapassadas, uma a uma, com a participação ativa de todos os sujeitos processuais, indistintamente.

Veja-se como se repete a prática de o juiz, ao exame preliminar da petição inicial, quando da percepção de que há requisitos que restaram inobservados, determinar-lhe a emenda, outorgando à parte autora, nos casos em que a realidade fática permitir, mais de uma opção para a satisfação do requisito. É o caso em que a parte olvidou a necessidade de apontar, na inicial de uma ação de obrigação de fazer, se pretende que a obra seja edificada pelo próprio réu ou se por intermédio de terceiro habilitado, limitando-se a informar, contudo, que o demandado já se encontra em estado de insolvência, o que certamente o impediria de satisfazer a obrigação.

17 KAUFMANN, Artur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 44.

Ora, em tal caso, sendo proibido ao juiz interpretar extensivamente o pedido, visto que se encontra adstrito aos limites do que lhe foi rogado, deve determinar a emenda da inicial, mas outorgando ao autor amplas possibilidades de escolha, inclusive permitindo-lhe que aponte qual o profissional que além de reunir condições técnicas para o cumprimento da obrigação, ainda possua condições financeiras para arcar imediatamente com encargo e, ao depois, ser ressarcido.

E mais: sendo crível que há profundas dificuldades práticas para o alcance desse resultado específico, deve o juiz conferir ao autor a possibilidade de emendar a ingressiva para, alternativamente, requerer a conversão da obrigação específica em obrigação pecuniária, caso não haja mesmo quem possa antecipar a construção da obra para posterior compensação.

Essa amplitude no agir judicial é típica de uma postura que retira da norma ou de sua interpretação literal o relevo que antes lhe era reconhecido. Essa amplitude a que me refiro designa uma abertura ao diálogo, própria das Teorias do Discurso e do Agir Comunicativo. Serve para demonstrar que a hipótese de emenda da inicial, abstratamente prevista no Código de Processo Civil, não é mais do que o mero reconhecimento, da parte do legislador, de que há casos que impõem esse procedimento. Essa previsão legal não serve para ditar todo o campo de atuação do juiz nas situações que sugerem a emenda da petição inicial, dado que a base de sua atuação reside exatamente na intersubjetividade imanente em cada caso concreto.

Outra situação ainda mais evidente da mudança paradigmática a que me reporto encontra-se na etapa de conciliação prevista no CPC. Ora, o Código diz da necessidade de o juiz tentar, a todo tempo, a conciliação e, ainda assim, especifica um momento para que se busque uma saída conciliatória para cada litígio. Mas seguir esse modelo à risca é desconhecer a realidade do mundo que nos circunda. O excesso é claro no regime estatuído pelo Código, isso porque a vontade de conciliar-se, antes de ser um caminho mais curto rara extinção do processo, é na verdade um estado de espírito presente em cada litigante.

Jamais o legislador seria capaz de estabelecer, para todos os casos, um momento específico de conciliação, porque não, lhe é dado o poder ultra-sensitivo

de adivinhar qual o momento exato em que as condições anímicas e materiais que norteiam os casos práticos indicam a melhor chance de conciliação.

Por isso é que a tentativa de composição amigável sempre transparece do diálogo, inclusive daquele que, muitas vezes, trava-se no plano extraprocessual, considerada a dificuldade esboçada por alguns juízes que só tentam a conciliação no momento que a lei especifica.

Para conciliar, é preciso antes dialogar, e dialogar despudoradamente, no sentido metafórico da expressão. Quer dizer: é preciso deixar que os litigantes se envolvam numa dimensão discursiva capaz de legitimar as eventuais alternativas criadas para a composição do conflito. E não é só isso: é indispensável que o juiz participe sem o medo ou o receio de perder aquela imparcialidade que o positivismo sempre idolatrou. Aquela imparcialidade que, classicamente, foi construída exatamente para torná-lo inerte e, portanto, inofensivo aos que sempre temeram um Judiciário eficiente.

Para tanto, exige-se do juiz uma naturalidade que ele, tradicionalmente, não está acostumado a ter nem a lidar. Sua visão estritamente institucional e o complexo de autoridade que o positivismo o impregnou, fizeram de alguns deles reféns de sua própria imagem. Há, muitas vezes, profundas dificuldades de estabelecer um diálogo conducente à conciliação, porque o juiz não está familiarizado com uma comunicação inspirada em bases apofânticas. Muito ao contrário, o positivismo lhe trouxe uma ortodoxia quase sempre intimidativa, impedindo-o de ouvir para depois falar construtivamente.

Quando Habermas concebeu o agir comunicativo como fonte de legitimidade para os diversos sistemas de controle social, dentre eles o Direito, assim o fez por divisar, nessa dimensão, um maior grau de participação democrática. Essa participação discursiva, segundo um procedimento racional indutor de validade às regras jurídicas, pode e deve ser levado ao processo.

Ao citarmos a sentença judicial como regra jurídica construída discursivamente, assim o fizemos em anteposição ao princípio de que é ela mera decorrência da incidência da regra abstrata no caso concreto.

Creditamos, pois, à sentença a possibilidade de escorar-se tão-somente em princípios jurídicos que tenham sido eleitos pelas partes, em seus debates, como premissas válidas no estabelecimento da regra para o caso

concreto. Não se trata de permitir que o juiz substitua o legislador, pois significa convencê-lo de que, se não é o seu arbítrio o melhor caminho para a construção da regra concreta para cada caso, também não é sua subserviência absoluta ao texto normativo que o guiará à adequada solução.

A adoção da teoria discursiva para uma concepção pós-moderna do processo implica a aceitação de que a legitimidade dos atos praticados durante o procedimento deve irradiar-se daquilo que, racional e democraticamente, for extraído do diálogo com as partes. A teoria do Discurso, por admitir que o Direito e a Moral possuem uma co-originalidade no trato das relações sociais, representa uma busca incessante de legitimidade na racionalidade intersubjetiva, isto é, numa racionalidade não monológica, mas claramente extraída das relações mantidas no seio da sociedade.

Essa mesma fundamentação pode ser levada ao campo do processo, exatamente para permitir que as partes, participando amplamente do debate processual, possam, com isso, eleger o melhor caminho a palmilhar. A sentença judicial pode ser fruto dessa atitude co-participativa, dialógica e dialética, uma vez que assim refletirá, muito mais, a legitimidade da decisão que dela deflui.

Se o juiz, assim como o legislador, exerce o seu poder em nome do povo, estando sujeito à representatividade dos interesses sociais, não há como abstrair, do seu ato mais sublime, essa fundamentação democrática. As leis processuais, nesse sentido, devem conformar-se a esse grau de fundamentação superior e, para isso, a hermenêutica jurídica fincada na filosofia da lingüagem deve concorrer.

O que é certo é que não há mais espaço para o monismo judicial. A decisão, embora formalmente reconhecida como ato pessoal do juiz, é fruto de um labor anterior e de uma pluralidade que é representada por ele e pelas partes. Somente assim, pode-se aproximar o processo de sua base de legitimação, e também, somente por isso, é que se poderá afirmar uma validade para a regra do caso concreto (sentença) nos moldes do que Habermas nominara de moral pós-convencional, ou seja, uma moral definitivamente comprometida com o que, de fato, interessa aos seus destinatários.

A consideração final – para não dizer conclusão, mas somente a título dela – reforça a intenção exposta no texto. Trata de considerar o fato de que

embora a Teoria do Discurso não tenha sido pensada em face do processo, sua aplicação ao Direito, assim tido como fenômeno histórico e cultural, implica necessariamente uma reflexão para cada um dos espaços de atuação jurídica, dentre eles o campo em que se insere o processo.

Não tenho dúvida, portanto, de que, dentro do macrocosmo jurídico, o microcosmo processual se apresenta como um espaço amplamente propício à aplicação da teoria discursiva, de um lado, porque as partes em contenda inspiram os interesses que se situam fora da relação processual, ostentando uma legitimidade que dimana do agregado social a que pertencem, e de outro, porque o juiz, como um dos representantes clássicos do Estado, passa a assumir, agora, o relevante papel de mediador desses interesses, sendo antes um representante da própria sociedade. A ele deve interessar o fomento de um debate com a argúcia de quem procura uma solução, que antes de ser preexistente – porque ficticiamente contida na lei – deve ser construída discursiva e democraticamente.

É fato que essa perspectiva retrata uma preocupação que se tornou comum a todos que se dedicam ao estudo do Direito Processual, visto que presa à tentativa de simplificar e dinamizar a prática processual, ainda combalida pela postura excessivamente formalista há muito persistente. Contudo, reflete um ponto que ainda não foi tomado pelos processualistas como de alta relevância. Representa a tentativa de demonstrar que essa simplificação e essa dinâmica há tanto queridas devem passar, necessariamente, pela ruptura do modelo de aplicação monológica da lei ao caso concreto, por demais ocorrente no processo judicial.

Indica, assim, uma convicção pautada no fato de que, somente pela prática discursiva com vistas à construção de uma solução democraticamente consolidada, é que se poderá idealizar aquela simplificação.

Aliás, o procedimento discursivamente engendrado na prática processual já deve ser, por si mesmo, fruto de uma nova visão que se tenha do mundo jurídico exterior, pois *somente atentando para a real fonte de legitimidade do Direito é que se poderá pensar num satisfatório cumprimento dos objetivos previstos para o processo*. Eis uma nova forma de conceber o processo no alvorecer de um novo milênio.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, Contra Habermas:** Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy, 2004.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso & Correção Normativa do Direito:** aproximação à Metodologia Discursiva do Direito. São Paulo: Landy, 2004.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

KAUFMANN, Artur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.