

Ano 10
Volume XV
1º Semestre de 2017
ISSN:2178-3519



DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Ano 10, nº XV, 1º semestre de 2017.

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC Itabirito) Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Newton Paiva), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL/UFMG), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac Itabirito); Prof. Mestre Antônio Sá da Silva (UFBA).

Editores Responsáveis:

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira, Guilherme Henrique Lage Faria .

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Mestre José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Newton Paiva); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (Unipac Itabirito), Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Rodrigo Ferreira (Unipac Itabirito), Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac Itabirito).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: José Letício Ferreira Vilalba.

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com

SUMÁRIO**REVISTA DIKÉ****VOLUME XV**

O que posso esperar? a filosofia da história e da religião em kant – Ramon Mapa da Silva	4
O antagonismo entre a ética dos precedentes e o estado democrático de direito - Isabella Fonseca Alves e Luís Gustavo Reis Mundim	16
Identidade entre Ser e Pensar: caminho e objeto da Lógica no pensamento hegeliano - José Carlos Henriques	44
O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do estado democrático de direito - Francisco Rabelo Dourado de Andrade e Guilherme Henrique Lage Faria67

O QUE POSSO ESPERAR? A FILOSOFIA DA HISTÓRIA E DA RELIGIÃO EM KANT

*Ramon Mapa da Silva*¹

RESUMO:

O presente trabalho pretende analisar as relações estabelecidas por Kant entre a religião a razão e a liberdade. Partindo da justificação da crença religiosa pelo filósofo alemão, busca-se compreender o papel da religião na ação prática. Investiga-se, ao final, a relação entre ação moral e religião para Kant.

Palavras-chave: Kant, Religião, Moral

1. Introdução

Entre os projetos filosóficos kantianos reside uma tentativa de mediação entre natureza e moral. Desvendar a relação entre o que é e o que deve ser é a forma de enfrentamento da terceira das perguntas fundamentais de Kant. Diferente das respostas para as duas perguntas anteriores – “o que posso saber e o que devo fazer?” – a resposta para a terceira pergunta “o que posso esperar?” confere uma nova dimensão ao problema do dever moral que surge já na pergunta sobre o que se deve fazer, mas que aqui se põe em uma dimensão radicalmente prática, que relaciona o problema da liberdade com o problema da história e da fé.

Höffe acerta quando aponta que a “filosofia prática de Kant apresenta uma dimensão de futuro que difere da ética e da política de Aristóteles e com a que se antecipa ao pensamento histórico de Fichte, Schelling e Hegel”. Para dar conta dos dois aspectos da *práxis* humana, a realidade e o dever ser, Kant desdobra sua tarefa de mediação prática em duas partes. Na primeira delas, a filosofia da história, investiga a esperança da liberdade externa: o direito; na filosofia da religião, a segunda parte, trata da esperança da liberdade

¹ Doutorando em Direito pela UFMG, mestre em Direito pela PUC/Minas. Professor da UNIPAC de Itabirito-MG.

interna: a moralidade ou a virtude. O problema da *práxis* é, em sua dimensão histórica e moral, o problema da esperança.

Importante destacar que ao contrário das questões anteriores, a investigação sobre o que posso esperar não traz em si um aumento do conhecimento, seus objetos possuem uma realidade prática, não objetiva, inscritos no desenvolvimento histórico e moral da humanidade.

2. A história como progresso jurídico

Kant não dá à experiência histórica a mesma importância que a experiência moral e a experiência natural, contudo, é possível encontrar em seus escritos uma espécie de crítica da razão histórica, ainda que não tenha levado essa crítica ao patamar de uma crítica da totalidade histórica como Schelling, Hegel ou Marx. Isso se dá pelo fato de que para Kant a história é um objeto a ser observado pela prática, para além do campo teórico. Isso, por óbvio, não impede Kant de buscar pelo sentido da história. Interessa-lhe a presença do homem enquanto ser prático e racional na história, de modo que não é a concretude dos fatos empíricos o centro de sua abordagem, mas a possibilidade da história como algo racional.

Essa busca por um sentido racional da história permite que Kant busque compreender a história de seu início hipotético até o seu final como ideia prática, reconhecendo que, em uma análise dos momentos marcantes da história, pululam guerras, maldades e desgraças. A filosofia da história permite vislumbrar o sentido na vida externa do homem (restando à filosofia da religião verificar esse sentido em âmbito interno).

Como não existem relatos históricos seguros sobre o início da história do homem, Kant se utiliza da versão bíblica da criação como o momento primevo, em que o homem, criatura de Deus feito à sua imagem e semelhança, ainda era inocente e não consciente de sua liberdade. Como os outros animais, suas ações seguiam um padrão determinado pelos instintos. A primeira ação humana baseada em sua liberdade é, nesse sentido, um pecado,

porque se opõe à natureza e ao determinismo dos instintos, abrindo à livre escolha do homem uma infinidade de objetos de desejo sem uma razão capaz de conduzir à escolha certa. Kant concorda com Rousseau de que existe uma inevitável oposição entre natureza e cultura, e que a mudança da natureza para a cultura é uma queda. Contudo, para Kant essa queda é necessária. É a partir dela que o homem torna-se capaz de liberar suas forças que permaneciam ocultas. Rousseau se equivoca, segundo Kant, em clamar por um retorno à natureza. O homem é ser de cultura, e ainda que tenha começado pelo erro a percorrer essa via é nela que deve permanecer.

O sentido da história, portanto, é a saída do estado de Natureza pura até o estado de plena Liberdade. O progresso da história deve apontar para a convivência dos homens em extrema liberdade externa, onde suas forças e disposições podem se desenvolver. Essa convivência dentro da liberdade externa se dá no Estado de Direito, que ao mesmo tempo pressupõe e possibilita essa liberdade, representando o fim do despotismo e da barbárie, e criando o espaço necessário para que o homem desenvolva suas potencialidades. A sociedade de nações, baseada na relação entre os Estados de Direito, surgidos da liberdade externa do homem é o sentido último da história.

Mas é importante lembrar que a história é a história de acontecimentos externos. De maneira que não há de se esperar que seu progresso se atrele ao progresso moral humano. Assim, podemos ver o progresso como sentido da história, mas não podemos ver a salvação da humanidade como esse sentido. Höffe chama atenção para o contexto histórico da *Aufklärung*, em que as descobertas de novas terras, somadas a um progresso material nunca visto antes, fomentava a ideia de que o homem progredia em igual passo em âmbito moral. A época das Luzes, então, surgia como repleta de teorias sobre a emancipação definitiva do homem, liberto das imposições naturais e dos limites culturais. Kant não nutre, em nenhum momento, ilusões a esse respeito. Assim como Rousseau, Kant não liga o progresso moral ao progresso material do homem. Para ele, o ápice do desenvolvimento histórico é a convivência entre nações, garantida pelo direito e pelo Estado. Um direito que pressupõe a coerção e o potencial uso da violência física.

Pensar a história como progresso jurídico se mostra a forma mais razoável de se pensar o futuro externo do homem. E do que se trata aqui é justamente da razão. O problema da esperança de que a convivência humana futura se dará sob os limites de princípios racionais e de liberdade tem sentido apenas se considerado em uma dimensão prática. Kant não concebe uma dimensão especulativa onde esse questionamento teria algum significado, de forma que anteciparmos o futuro da humanidade como uma realidade de convivência pacífica ou de desespero e enfrentamento bélico fatal não faz sentido. Para mostrar que o importante é a busca por uma práxis e não por especulações jurídicas, Kant investiga esse campo de possibilidades onde reside o futuro humano. Segundo ele existem três possibilidades: 1) o progresso constante até o melhor; 2) a humanidade acabar se consumindo em conflitos cada vez mais constantes; 3) a possibilidade de que tudo permaneça sempre o mesmo. Não existe razão teórica capaz de demonstrar qual dessas possibilidades se fará real. Mas o saber prático é capaz de construir uma realidade histórica em que o progresso humano evite o mau final da completa aniquilação.

Kant concebe um *telos* para o direito como parte da realização da própria natureza humana. O progresso do gênero humano é também o progresso do direito, ainda que não tenhamos uma percepção imediata do crescimento de nossa própria liberdade. Höffe explica essa dimensão teleológica do pensamento de Kant em sua inserção na história:

Kant não vê o progresso do Direito nem como governado pelo instinto nem por um plano acordado, mas pela natureza humana. (A natureza corresponde aproximadamente ao que a filosofia pré-kantiana chama de Providência, mas Hegel em sua Filosofia da História chama de espírito do mundo.) Kant parte da hipótese teleológica de que todas as disposições naturais de uma criatura estão destinadas a algum dia desenvolver-se completa e finalisticamente. As disposições naturais particulares do homem, que visam ao uso da razão, chegam ao pleno desenvolvimento não no indivíduo, mas no gênero através de gerações sucessivas. Este propósito natural da humanidade deve ser alcançado pela própria natureza humana; o sentido da História, o progresso do Direito, ocorre por assim dizer às nossas costas mediante a nossa contribuição e contudo sem nosso planejamento.

Kant defende que o caminhar do gênero humano até esse *telos* é marcado pelo conflito entre seu impulso para o egoísmo e sua inata tendência à sociabilidade. Ao mesmo tempo em que o homem, por natureza, é um ser social, também busca o isolamento e dispor

de todas as coisas de acordo com seus interesses. Apontando esse conflito como parte da natureza humana, Kant evita absolutizar as tendências, como fizera Hobbes com o egoísmo e Locke e Pufendorf com o instinto social. Se o instinto social fosse absoluto o homem já teria encontrado a paz e realizado a plena convivência com seus semelhantes, se o puro egoísmo imperasse o gênero humano já teria se extinto. O conflito entre esses impulsos, pelo contrário, possibilita o fomento de toda cultura e arte.

O que nos impele a uma vida cosmopolita é a penúria trazida pelas guerras e a necessidade do comércio, que é incompatível com a guerra. Höffe chama atenção para o fato de que tal noção sobre guerra e paz não é mais sustentável já que as duas tentativas de se criar uma comunidade universal pacífica, a formação da Liga dos Povos após a Primeira Guerra Mundial e a formação das Nações Unidas após a segunda trouxeram poucos frutos e comprovam que “a memória da humanidade é curta, portanto, a experiência da miséria é reprimida facilmente demais e cada geração tem que fazer ela mesma a experiência”. A incompatibilidade entre guerra e comércio também não parece verdadeira, já que os lucros trazidos pelos conflitos é parte considerável da economia mundial. Mas Kant entende que o processo de eliminação das guerras é longo, passando por sua humanização, através do direito, e chegando, após seu rareamento, à extinção das guerras de agressão. Ainda que seja improvável que o gênero humano algum dia presencie tal extinção, sobre o assunto Kant mantinha uma postura otimista. A Revolução Francesa e as aspirações do mundo moderno demonstravam que a humanidade esperava por uma realidade mais justa, em que Estados ancorados precisamente em um ideal de justiça garantissem a paz entre os homens. O progresso, então, é expressão da liberdade humana, tornada concreta na história pelo direito, ainda que às voltas com o impulso do homem para o isolamento e a insociabilidade.

3. A Religião da Razão Prática

A Filosofia da Religião de Kant é um desdobramento de sua Filosofia Moral. Essa forma de se enxergar a religião não era incomum ao pensamento advindo da *Alfkärung*. Mas, uma vez que o problema religioso é o problema ético, a Religião deixa de ser tratada como uma forma de se “religar” com um divino metafísico e passa a ser tudo o que se

conecta com nossos deveres morais. Na *Crítica da Razão Pura*, após demonstrar a impossibilidade de se conhecer Deus, Kant aponta para uma ético-teologia ou teologia moral. Para Kant, Deus é um postulado da razão prática pura. Ele não pode ser encarado como objeto do saber, mas como objeto da esperança, uma esperança fundada filosoficamente:

A fé doutrinal, contudo, tem em si algo de vacilante, é comum que as dificuldades na especulação nos afastem dela; ainda que acabemos sempre por voltar a ela.

Ocorre algo bem diverso com a *fé moral*. Pois aí é absolutamente necessário que algo tem de acontecer, a saber, que eu obedeça à lei moral em tudo. O fim é estabelecido aqui de maneira incontornável, e somente uma única condição é possível, segundo todo o meu discernimento, sob a qual esse fim se coaduna com todos os demais e, assim, tem validade prática, qual seja, a de que haja um Deus e um mundo futuro; sei também, com total certeza, que ninguém conhece outras condições capazes de conduzir à mesma unidade dos fins sob a lei moral. Como, no entanto, o preceito moral é ao mesmo tempo minha máxima (tal como a razão ordena que ela deve ser), então acreditarei firmemente em uma existência de Deus em uma vida futura, e estou seguro de que esta crença não poderia produzir algo vacilante, pois do contrário seriam arruinados os meus próprios princípios morais, que não posso recusar sem tornar-me indigno a meus próprios olhos.

A base moral da Filosofia da Religião de Kant fala a todos os seres capazes de moral. De fato, não é nela nenhum pressuposto de ação ou decisão, se aplicando inclusive aqueles que não agem moralmente. Tal se colocará de forma mais clara na dialética da *Crítica da Razão Prática* e em *A Religião dentro dos Limites da Simples Razão*, textos que, segundo Höffe, poderiam nos auxiliar a compreender o estado atual da ética, ao perquirir sobre seus fundamentos.

4. A imortalidade da alma e a existência de Deus

Diversas abordagens do problema da Religião em Kant inscrevem a questão no debate entre autonomia e fé na existência de Deus. É comum postular que existiria uma incompatibilidade entre a existência de Deus e o princípio da autonomia. Kant demonstra que essa incompatibilidade é falsa, uma vez que ancorada na ideia errônea de que a fé em Deus ou seria o pressuposto da moralidade ou completamente indiferente a ela. Kant aponta que a moral se funda sobre a liberdade, sobre o conceito de um ente livre, e em seu compromisso com leis incondicionadas. “Para ser moral, a fé em Deus não é necessária”

Aquele que espera uma recompensa no além por suas ações morais já se afasta de antemão do princípio da autonomia, porque condiciona suas ações à uma benesse, não agindo por compromisso às leis incondicionadas da forma que permite sua condição de ente livre. Contudo, é a moral que conduz, inevitavelmente, para a religião. É a moral que forma a base e o fundamento racional da religião.

A investigação kantiana conduz aos pressupostos do sumo bem, que Kant chamará de postulados da razão prática pura. São esses postulados a imortalidade da alma e a existência de Deus. Sem eles, pensar o sumo bem se torna impossível. Como é inegável a existência da lei moral, é inegável que ela possua pressupostos. Contudo, não são esses pressupostos compreensíveis através da teoria, mas somente a partir da prática. O homem não é moral porque crê em Deus ou na imortalidade da alma. A crença nesses objetos é que deriva diretamente da submissão do homem à lei moral.

Da mesma forma, o fundamento do agir moral não pode ser a vida plena, a *eudaimonia* pensada pelos gregos, mas a própria virtude derivada da lei moral. A felicidade é uma consequência da virtude, não seu fundamento. O virtuoso tem a felicidade como paga por sua virtude. “O sumo bem consiste na concordância da felicidade com a moralidade (merecimento da felicidade)”.

Mas a perfeita consonância entre a moralidade e felicidade é algo alcançável apenas para aquele que desenvolver o mais alto grau de santidade. Há uma busca infinita pela felicidade através dos atos morais. O homem não é capaz de alcançá-la, uma vez que apenas um ente infinito poderia fazer isso, mas é impelido para essa busca. Resta a pergunta se, infinito, o processo de moralização consegue realizar o que se pretende, já que o homem como ser racional, mas finito, está sujeito às tentações promovidas por suas inclinações e apenas uma consciência pura conseguiria realizar esse ideal de moralização. O primeiro postulado, o da imortalidade da alma, levanta esse problema, sem, contudo, trazer uma resposta satisfatória. Entretanto, a disposição do homem para a ação virtuosa restaria inexplicável sem a imortalidade da alma.

O segundo postulado é o da existência de Deus. Com esse postulado tanto o problema da ação moral quanto o problema da felicidade são colocados por um prisma diferente, que demanda o esclarecimento de quatro pressupostos. Como explica Höffe:

O segundo postulado, da existência de Deus, baseia-se em quatro pressupostos. De acordo com a ideia do sumo bem, o homem moral merece, *primeiro*, ser feliz; *segundo*, a moralidade não garante nenhuma moralidade proporcional; *terceiro*, somente sai desse embaraço uma esperança que adjudica a felicidade devida; *quarto*, tal poder de adjudicação somente se encontra em um ser que a) é onisciente, para jamais se enganar sobre o merecimento da felicidade, b) que é onipotente, para poder efetuar sempre a adjudicação proporcional da felicidade, e c) é santo, para perseguir imutavelmente a adjudicação. Tal poder unicamente Deus possui: “Logo a Moral leva inevitavelmente à Religião, mediante a qual ela se estende à ideia de um legislador moral detentor de poder fora do homem, em cuja vontade encontra-se aquele fim terminal (da criação do mundo) que ao mesmo tempo pode e deve ser o fim terminal do homem”. Desta “prova de existência de Deus” a partir do problema do sumo bem parece não haver nenhum precursor histórico; o modo da prova é uma realização originária de Kant.

A existência de Deus, é, nesse diapasão, um postulado para a moralidade, de maneira que Kant permanece no terreno da razão prática ao “comprovar” a existência de um legislador moral onisciente, onipotente e santo. Apenas essa existência torna possível a ação moral, de maneira que não se pode tratar da ação moral sem postular a existência de Deus. Deus é o postulado necessário para que a ideia do sumo bem, que dá esperança, não suprima o bem agir. A inércia escatológica que pode se alimentar da esperança é assim evitada.

5. O radicalmente mau

O pensamento de Kant revela a possibilidade de uma Religião fundada estritamente na razão, sem carecer de qualquer Revelação. Isso não significa, obviamente, que a Revelação não exista, e que muitos homens religiosos tenham sido inspirados pela Revelação. O que Kant pretende é que é possível sim uma Religião dentro dos limites da simples razão. Para demonstrar isso Kant parte para uma nova interpretação da Bíblia, em que suas passagens mais importantes são lidas como decisivas sentenças morais. Por meio de uma teologia filosófica embebida na teologia bíblica, Kant apresenta o cristianismo como uma Religião Natural, cujo foco é a natureza do homem. O problema do mau, então,

surge como uma das questões mais proeminentes dessa Religião, já que ele precisa ser enfrentado dentro da concepção que enxerga moral, esperança e Religião como objetos interligados.

O mau, segundo Kant, é um princípio que habita o homem ao lado do princípio bom. A ideia de pecado original serve para esclarecer essa concepção. Contudo, o mau não é algo inerente à natureza humana, mas derivado da liberdade do homem.

Para Kant o homem é radicalmente mau. Isso quer dizer que ele nasce com a propensão de se submeter às más inclinações. Mas a maldade do homem não tem na sua realização seu próprio objeto, porque isso seria diabólico. O problema do mau radical está atrelado à concepção do homem como ser racional finito. Por não ser razão prática pura, a liberdade do homem inclui a experiência do mau. Todos os homens não são apenas radicalmente maus, mas experimentam em algum momento da vida, o mau.

Ancorada na ideia de liberdade, a concepção do mau radical de Kant afasta simultaneamente as concepções teológicas que negam a existência do mau, as ideias de que o homem seria bom por natureza, bem como a concepção do homem sujeito à degradação histórica, que, exposto a um ambiente imoral agiria de forma imoral. A experiência do mau, assim como a do bem, só faz sentido como experiência do indivíduo, da relação de sua liberdade com a máxima moral. Todas essas concepções criticadas por Kant extrapolam essa relação e são, por isso, incapazes de compreender o real sentido da ação moral e do conflito entre o princípio bom e o princípio mal, presente em todo ser finito capaz de razão.

Em sua teologia filosófica, Kant trabalha o exemplo do Cristo como o do bem tornado homem. No conflito entre o princípio bom e o princípio mau, Cristo, com sua perfeição moral, representa a possibilidade de vitória sobre o princípio do mau. A resolução desse conflito é a superação do que Kant chama de Estado de Natureza Ético. Tal qual o Estado de Natureza hobbesiano, onde persiste uma guerra de todos contra todos, no Estado de Natureza Ético persiste um conflito entre os dois princípios do homem, o princípio bom e o princípio mau. Kant exorta à superação do Estado de Natureza Ético, da guerra constante que consome o humano em seu interior. Contudo, tal superação só seria possível

em uma comunidade que tomasse as leis morais como mandamentos divinos, e que, por isso, dispensasse a coerção. Mas essa assunção das leis morais como mandamentos divinos só se mostra possível em uma comunidade altamente moral, apenas no “povo de Deus”.

O Reino de Deus, entretanto, não se manifestará em nenhuma realidade histórica. Kant é consciente disso e sua teologia filosófica se desenvolve na percepção de que, o Reino de Deus, assim como a Comunidade de Nações que traz a paz cosmopolita perpétua, age como um terminal para a ação moral, um objetivo último a ser alcançado pela sociedade, e que, por isso mesmo, inspira as ações morais. Nesse sentido, a Igreja histórica, ainda que seja uma representação imperfeita do Reino de Deus, carrega consigo um importante papel pedagógico de apresentar a lei moral.

Kant termina seu Estudo sobre a religião, contrastando a religião moral da boa conduta com as religiões de granjeamento de favor. Justamente porque condicionadas a certo fim, tais religiões não são verdadeiras no sentido moral. Esse problema se desvela de forma bem explícita quando Kant diferencia a prática da oração do que ele chama de “espírito de oração”:

O orar, concebido como um serviço de Deus formal e interior e, por isso, como meio de graça, é uma ilusão supersticiosa (feiticismo); é um desejo meramente declarado perante um ser que não precisa de declaração alguma da intenção interna de quem deseja; por ele nada se faz e, portanto, não se executa nenhum dos deveres que nos incumbem como mandamentos de Deus; por conseguinte, Deus não é efetivamente servido. Um desejo cordial de ser agradável a Deus em todo o nosso fazer e deixar, i.e., a disposição de ânimo, que acompanha todas as nossas acções, de as praticar como se ocorressem no serviço de Deus, é o espírito da oração, que “sem cessar” pode e deve em nós ter lugar. Revestir este desejo (ainda que seja só interiormente) de palavras e fórmulas pode, quando muito, comportar apenas o valor de um meio em ordem à estimulação reiterada de tal disposição de ânimo em nós; não pode, porém, ter imediatamente relação alguma com a complacência divina e, por isso mesmo, também não pode constituir um dever para todos; porque um meio só pode prescrever-se a quem dele necessita para certos fins. Nem de longe toda a gente precisa deste meio (para falar em si mesmo e, em rigor, consigo mesmo, mas pretensamente falar de modo tanto mais compreensível com Deus); pelo contrário, por uma contínua purificação e elevação da disposição de ânimo moral, deve trabalhar-se por que só o espírito da oração seja em nós suficientemente estimulado e a letra dela possa (pelo menos no que nos diz respeito), por último, desaparecer. De facto, a letra, como tudo o que se encontra directamente referido a um certo fim, debilita o efeito da ideia moral (que, subjectivamente considerado, e chama recolhimento).

Deus, enquanto onisciente e onipotente não carece de orações, que não passam de uma expressão de um desejo de quem ora. O que devemos cultivar, segundo Kant, é um elevado ânimo de agir de acordo com a lei moral, já que aí se encontra a verdadeira realização do espírito religioso, que não deve ser conspurcado por algum desejo ou fim que se almeja, mas permanecer como incondicionado farol para a liberdade.

6. Considerações finais

A Filosofia da História e a Filosofia de Religião de Kant restam calcadas no problema da liberdade. Kant trabalha a liberdade em seus dois aspectos, externo e interno, apresentando o homem em sua unidade como ser racional finito. Ainda que o brilhantismo das postulações kantianas sobre o conhecimento não encontrem par em sua filosofia prática, é nela que o projeto moral da *Alfklarung* encontra sua forma mais racional e bem acabada. A relação entre normas jurídicas e máximas morais, objeto de inúmeros trabalhos a partir da consolidação da Teoria do Direito no Século XIX é tributária direta das considerações kantianas sobre a razão prática.

Quanto à *Alflarung*, deve-se destacar que o que torna Kant um de seus maiores, quiçá o maior, de seus realizadores, é a insistência em demonstrar que, quer sejam as experiências comunitárias, externas ao homem e comunicáveis através da história, como o direito, quer sejam as experiências individuais, internas e incomunicáveis, como a fé, possuem uma natureza radicalmente natural, ainda que, no caso da fé, de uma razão que, incomunicável, escapa à compreensão teórica.

Tal como Aristóteles antes dele, Kant reconhece os limites para a compreensão da razão prática. Seus postulados, mais do que estratégias teóricas, surgem como recursos necessários para que esses limites sejam enfrentados ainda por meio de instrumentos racionais. No caso de sua Filosofia da História, o otimismo kantiano que vê a possibilidade de um futuro de paz entre os homens vivendo em comunidade de nações se justifica pelo aprendizado moral do homem, pelo homem aprendendo a ser livre, dentro das condições

em que essa liberdade se desenvolve. Por isso Kant não constrói uma utopia, em que a comunidade de nações pode se dar ao luxo de extinguir o direito e a coerção.

Já na sua Filosofia da Religião, Kant se coloca à difícil tarefa, talvez inédita até aquele momento da filosofia, de desenvolver uma teologia filosófica sem recorrer à Revelação como instrumento do conhecimento religioso do homem. Uma Religião que dispense a Revelação, ou seja, que se pautem em pressupostos inteiramente racionais, só faz sentido, como Kant nos mostra, se for pensada a partir da moralidade. Por isso, Kant investe em uma leitura das passagens bíblicas como lições morais, tendo no Pecado Original e na figura do Cristo momentos determinantes para explicar a relação do mau com a liberdade do homem e a perfeição moral como inspiração.

É na presença do homem enquanto ser racional finito na história que se prolonga a pergunta sobre o futuro na esteira do ser moral. É no vislumbre do humano enquanto liberdade interna e liberdade externa que se erige a pergunta sobre o que se pode esperar. E é na incerteza desse futuro, que é dada ao homem confrontar como ser de liberdade, que persevera a esperança.

7. BIBLIOGRAFIA

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005.

KANT, Immanuel. *A Religião nos Limites da Simples Razão*. Trad. Artur Morão. Editora Edições 70, Lisboa, 1992.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Fernando Cota Mattos. Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2012.

O ANTAGONISMO ENTRE A ÉTICA DOS PRECEDENTES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Isabella Fonseca Alves*²

*Luís Gustavo Reis Mundim*³

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar o antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração que a construção e interpretação do direito devem ser regidos pelos princípios constitucionais do processo. O procedimento metodológico utilizado consistiu na revisão bibliográfica acerca da ética dos precedentes, das cortes supremas e da processualidade democrática. Foi possível demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a construção dos provimentos deve se dar em espaço processual dialógico-argumentativo a partir do referente-lógico do devido processo que irá possibilitar a compreensão dos precedentes como instituto jurídico processual na democracia.

PALAVRA-CHAVE: Ética. Precedentes. Cortes Supremas. Processualidade Democrática. Devido processo.

THE ANTAGONISM BETWEEN THE ETHICS OF PRECEDENTS AND THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The present article aims to present the antagonism between the ethics of precedents and the Democratic State of Law, taking into consideration that the construction and interpretation of law are responsible for constitutional principles of the process. The methodological procedure was a bibliographic review about the ethics of precedents, supreme courts and democratic processuality. It was possible to demonstrate that, in the Democratic State of Law, a construction of the decisions developed in a dialogical-argumentative procedural process from the logical referent of the process of creating a solution of precedents as a legal procedural institute in democracy.

KEYWORDS: Ethics. Precedents. Supreme Courts. Democratic Processuality. Due process.

² Mestre em Direito Processual pela PUC/MINAS.

³ Mestre em Direito Processual pela PUC/MINAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a análise do antagonismo entre a denominada ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito, que possui como um dos pilares o processo como instituição constitucionalizada de implementação de direitos fundamentais e de fiscalização dos provimentos estatais.

Nesta perspectiva, examinou-se na primeira parte do trabalho a tese de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni acerca da ética dos precedentes que se traduz na defesa de que os tribunais superiores (STF e STJ) tenham que atuar como Cortes Supremas, únicas aptas a criar uma interpretação do direito e produzir precedentes. Nesse sentido, analisa-se o que seria a ética e a virtude ética dos tribunais, pressupostos para a defesa das Cortes Supremas. Tais noções acabam por colocar a jurisdição como centro do ordenamento jurídico e transformar o processo como seu instrumento. Assim, defende-se que os julgadores são dotados de uma sabedoria prática virtuosa capaz de ditar o sentido normativo para toda a sociedade.

Na segunda parte, analisou-se o mito da virtude ética dos tribunais, pois na processualidade democrática, o julgador e os tribunais superiores não podem ser considerados como eixos legitimadores do direito, na medida em que os provimentos estatais passam a se tornar imunes de fiscalização pelo processo constitucional. Nesse sentido, demonstrou-se que as Cortes Supremas acabam por fechar argumentativamente a construção dos precedentes, visto que impossibilita o debate processualizado em sua formação.

Na terceira parte, foi realizado um estudo que compara as Cortes Supremas como guardiãs da lei, as quais, ao fixar determinado sentido normativo, impedem que os cidadãos também possam interpretar e dar sentido à lei e ao precedente. Desta forma, o cidadão é compreendido como *homo sacer*, figura impossibilitada de exercer o discurso processual democrático e as Cortes Supremas criam espaços soberanos de criação do direito por uma

interdição da lei pelo precedente obrigatório, como um Estado de Exceção.

Ao final, na quarta parte, expõe-se o antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito, cuja uma de suas premissas é a construção compartilhada das decisões estatais pela via do processo, instituição de legitimidade e implementação de direitos fundamentais a todos do povo. Somente assim se pode conjecturar a construção democrática do precedente.

Certamente não se pretendeu esgotar a temática, mas espera-se que o presente trabalho dê uma reflexão crítica

1. A ÉTICA DOS PRECEDENTES E AS CORTES SUPREMAS

A ética⁴ é derivada da palavra *ethos* que, em geral, consiste em ser uma técnica da conduta, ou um princípio universal da conduta que irá direcionar a ação do homem para a produzir felicidade para aqueles que possuem os seus interesses em jogo.⁵

Ana Paula Brandão Ribeiro leciona que a ética também é definida como costumes, hábitos, cultura e valores de determinada sociedade, “cujo saber prático atua como orientador ou direcionador da tomada de decisões prudentes; decisões estas que desembocariam na consecução de uma vida boa”.⁶

Nesse sentido, Fabrício Simão da Cunha Araújo apresenta duas noções da palavra ética, uma ampla e outra restrita:

⁴ Apesar da existência de diversas concepções filosóficas acerca da ética, estas não serão objeto de análise do presente trabalho, razão pela qual sugerimos a obra de Fabrício Simão da Cunha Araújo, no qual aborda as concepções éticas de Platão a Hegel. ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 02. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁵ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁶ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 16.

Em acepção mais abrangente implicaria um exame dos hábitos humanos, em acepção mais restritiva, o exame do conteúdo moral das condutas humanas que permitiria classificar cada uma como boa, má, certa ou errada. Enfim, a ética se dedica em investigar o que leva e significa considerar a conduta boa ou má, certa ou errada.⁷

Por sua vez, a virtude⁸ ética se refere “a traços de caráter que consideramos admiráveis”.⁹ Ou seja, a virtude ética consiste na capacidade de que um indivíduo possui de praticar alguma ação em observância e obediência máxima a padrões de conduta preestabelecidos.¹⁰

O agente virtuoso, portanto, é considerado assim quando opta pela prática de uma ação que seja considerada mais admirável, pela sua excelência, por determinado grupo social. Desta forma, a virtude ética é associada aos detentores de uma sabedoria prática.¹¹

Ao transpor a ética e a virtude ética para o direito processual, entende-se que os juízes e tribunais são agentes virtuosos “dotados de sabedoria prática”¹², que irão adquirir experiência e conhecimento singulares, além de serem educados nos hábitos de respeitabilidade à legislação da comunidade na qual estão inseridos. Juízes e tribunais seriam aqueles que possuem o saber do que é bom para os cidadãos, sempre realizando ações com vistas ao alcance de um bem.¹³

⁷ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 02. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 54.

⁸ “A virtude pode ser definida como habilidade, capacidade ou excelência na realização de alguma coisa, a partir de determinado grupo social, como resultante do hábito, ou seja, não podendo ser considerada algo inato”. RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 25.

⁹ HOOFT, Stan Van. Ética da virtude. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

¹⁰ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹¹ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹² MALTA, Sônia Cristina Fagundes. A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2007, p. 11.

¹³ MALTA, Sônia Cristina Fagundes. A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2007.

Segundo Sônia Cristina Fagundes Malta, o magistrado que possui esse saber prático irá deliberar de modo acertado sobre o que é melhor, sempre buscando solucionar questões fático-jurídicas a partir de sua sabedoria prática, “que certamente auxiliará o magistrado no bom exercício da sua função dentro da comunidade política, contribuindo para a preservação desta”.¹⁴

Essas noções ficam claras no voto proferido pelo Ministro Humberto Barros em decisão proferida no ano de 2002 (Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889-AL, 2001/0154059-3) que entendeu ser um julgador virtuoso predestinado a saberes intelectuais diferenciados:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Nessa esteira, a atividade jurisdicional é colocada como centro do sistema jurídico, sendo os juízes e tribunais considerados os portadores de virtudes éticas por saberem o que é melhor ou pior para os cidadãos.¹⁵ O processo torna-se mero instrumento de uma jurisdição¹⁶ salvífica de toda a conflituosidade da sociedade na busca por uma paz social.

¹⁴ MALTA, Sônia Cristina Fagundes. A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2007, p. 71.

¹⁵ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁶ Esse movimento é denominado de instrumentalismo processual e advém, principalmente, dos estudos feitos por Cândido Rangel Dinamarco DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Sobre a crise da instrumentalidade do processo e sua continuidade no Código de Processo Civil de 2015, conferir: LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008 e MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do

São essas premissas e a crença na virtude ética dos tribunais que fazem com que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a partir da incorporação dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, delineiam a defesa de que os Tribunais Superiores (STF e STJ) devam atuar como Cortes Supremas, ao buscar a melhor interpretação para a legislação infraconstitucional e para a Constituição pela definição de uma *ratio decidendi* de um precedente obrigatório.¹⁷

Daniel Mitidiero aduz que os Tribunais Superiores estariam vinculados à uma compreensão cognitivista do Direito, em que a atividade jurisdicional teria como escopo apenas declarar uma norma pré-existente e controlar a legalidade das decisões recorridas pela via de uma jurisprudência uniforme.¹⁸

As Cortes Supremas, ao contrário, teriam como objetivo a “atividade de *reconstrução* da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico”¹⁹, para a consecução de dar unidade ao Direito e orientar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pela sociedade e pelos órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, as Cortes Supremas orientariam a aplicação do Direito “mediante a *justa interpretação da ordem jurídica*, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar *precedentes*”.²⁰

solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Raffhael; ENGELMANN Wilson. (Org.). Jurisdição e Técnica Procedimental. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, v. 6.

¹⁷ Referidos autores embasam suas ideias na obra “Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile” de Michelle Taruffo. “Pontue-se que a concepção de Corte Suprema com função criativa dirigida ao futuro foi constituída (como contraponto às Cortes de Terceira Instância) por Michele Taruffo de modo a permitir a estes Tribunais escolhas essencialmente valorativas da melhor interpretação das normas ou, como pontua o mestre italiano, da escolha da interpretação justa”. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: Revista de Processo. Vol. 263/2017, p. 335 – 396, Jan. 2017, p. 352.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores como cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores como cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.55.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores como cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

A segurança jurídica, então, estaria adstrita à interpretação do ordenamento jurídico dada pelas Cortes Supremas ao criarem precedentes como fonte do direito e darem unidade ao ordenamento jurídico, vindo a moldar a conduta dos juízes, tribunais e jurisdicionados. Nas palavras do jurista gaúcho:

As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de *guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil*. Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação.²¹

Por essa visão, qualquer julgamento servirá de pretexto para a formação de precedentes ou para a manutenção de afirmação da autoridade de precedentes tidos como violados. Assim, a “*autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*”.²²

Sob tal perspectiva, quaisquer decisões proferidas pelas Cortes Supremas poderiam se transformar em precedentes e, caso violadas por alguma divergência dos órgãos jurisdicionais, seriam encaradas “como um *fato grave*, como um *desrespeito* e um *ato de rebeldia* diante da sua *autoridade*, que deve ser *evitado* e, em sendo o caso, *prontamente eliminado* pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação”.²³

Luiz Guilherme Marinoni, no mesmo caminho de Mitidiero, defende que as Cortes Supremas devem dar unidade ao Direito pela definição do sentido normativo diante circunstâncias de fato e de determinado momento histórico. Haveria, dessa forma, a necessidade de tal sentido normativo adquirir estabilidade, com a sua projeção sobre toda a

²¹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

²² MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

²³ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores como cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

sociedade.²⁴

As decisões das Cortes Supremas seriam elaboradas pela via das valorações e da vontade do intérprete por um caráter “de criatividade a partir da lei”. Tais Cortes, ao esclarecerem o sentido normativo, conferir-lhe-iam “unidade, revelando o ‘direito judicial’ que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares”.²⁵

Afirma Marinoni que a autoridade dos precedentes criados pelas Cortes Supremas é que traria a segurança jurídica ao direito:

Quer dizer que a autoridade dos precedentes das Cortes Supremas não apenas não pode rivalizar com o poder do parlamento, na medida em que naturalmente resulta do desenvolvimento da teoria da interpretação e da evolução do conceito de direito, como é imprescindível para a coerência da ordem jurídica, sem a qual não há segurança jurídica nem possibilidade de igualdade perante o direito.²⁶

Os precedentes obrigatórios seriam dotados de autoridade, na medida em que devem refletir a coerência do direito e resultar em sua unidade. Os precedentes obrigatórios, criados pelas Cortes Supremas, viabilizariam a previsibilidade e o tratamento uniforme a casos similares, sendo um valor em si mesmo.²⁷

Assim como Mitidiero, Marinoni também defende que o sentido dado pela Corte Suprema é aquele que deve ser observado pelos juízes e órgãos jurisdicionais sob pena do sistema não possuir qualquer racionalidade. Ou seja, apenas as Cortes Supremas seriam capazes de interpretar adequadamente o sentido normativo:

Embora a decisão judicial não possa se esquivar da compreensão do significado dos direitos fundamentais e da consideração de elementos que, não estando definidos nas normas jurídicas, são imprescindíveis à sua compreensão, não há racionalidade em dar a todo e qualquer o juiz o poder de afirmar o significado de um direito fundamental e, não obstante isso, deixar-lhe desobrigado perante a

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 158-159.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

palavra final da Corte Suprema. Isso simplesmente porque, em todo e qualquer sistema judicial dotado de racionalidade, cabe à corte de vértice definir o sentido dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais, sendo apenas por essa razão lógica incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal ordinário conferir a uma norma constitucional significado diverso daquele que já lhe foi atribuído pela Corte Suprema.²⁸

Assim, a palavra final das Cortes Supremas traria a coerência sistêmica à ordem jurídica e aplicação igualitária do direito, na medida em que este “abandonou o texto legal” e deu lugar às “decisões das Cortes Supremas”, razão pela qual os precedentes “passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução de casos conflitivos”.²⁹

Entretanto, conforme demonstraremos nos próximos tópicos, a crença na ética e na virtude ética dos tribunais superiores, bem como nos precedentes obrigatórios para a estabilização dos sentidos, é contaminada por um solipsismo decisional que ignora por completo a construção de padrões decisórios com observância da principiologia constitucional do processo como interpretante (referente lógico-jurídico) da construção, aplicação e extinção de direitos na democracia.

2 O MITO DA VIRTUDE ÉTICA DOS TRIBUNAIS

O posicionamento de Marinoni e Mitidiero acaba por se traduzir no mito de que os tribunais e julgadores possuam uma virtude ética passível de saber qual é o melhor sentido a ser interpretado e fixado para as normas infraconstitucionais e constitucionais, mas que não estão em consonância com a processualidade constitucional-democrática.

Ora, todo ser humano é falível, passível de erros e equívocos, e esse entendimento também é extensivo aos julgadores, que não são detentores de um saber inquestionável.

Pela defesa da virtude ética das Cortes Supremas, permite-se que juízes e tribunais atuem de modo solipsista, proferindo suas decisões conforme sua consciência, seus interesses, conveniências e seu senso de justiça, “como uma supra parte que possui saberes

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

inteligíveis e transcendentais infalíveis, sendo possível que tal decisão possa ir além ou contra os textos legislativos, como se uma lei o fosse”.³⁰

Nesse sentido, segundo Sérgio Tiveron, “*o sentimento dos juízes* passa a ser, então, o *eixo central de legitimidade do Direito*, o qual, inclusive, deve ajustar-se às determinações jurídicas por eles criadas, escolhidas e desejadas”.³¹ As Cortes Supremas passam a atuar como o superego de uma sociedade órfã³², supostamente carente de uma tutela jurisdicional³³ que se põe acima das partes para proferir suas decisões, visto que estas não seriam capazes de trazer qualquer interpretação legal e constitucional.

Certamente, elevar os Tribunais Superiores ao *status* de Cortes Supremas virtuosas e éticas impede conjectura e a efetivação do processo como direito fundamental das partes de participarem ativamente da construção das decisões e dos precedentes, influenciando diretamente no seu resultado final. No Estado Democrático de Direito, o Processo não pode ser considerado instrumento da atuação de juízes e tribunais, mas uma “instituição implementadora de direitos fundamentais”³⁴, ao permitir que as partes exerçam a principiologia constitucional do contraditório, ampla defesa e isonomia e construam compartilhadamente os provimentos estatais.

A noção do Processo Constitucional perpassa obrigatoriamente pela implementação do exercício de cidadania e democracia, na qual trabalha uma perspectiva de igualdade

³⁰ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafael; ENGELMANN Wilson. (Org.). *Jurisdição e Técnica Procedimental*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, v. 6, p. 48.

³¹ TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando. et. al. (Coords.) *O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 603.

³² MAUS, Ingeborg. *O judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³³ O termo tutela jurisdicional nos remonta a um paradigma de Estado Social, em que o Estado-Juiz atua de forma pedagógica, ensinando os valores ao povo.

³⁴ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafael; ENGELMANN Wilson. (Org.). *Jurisdição e Técnica Procedimental*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, v. 6, p. 58.

interpretativa entre Cidadão e Estado³⁵, vez que juízes e tribunais não podem se colocar acima das partes para proferir uma decisão embasada em seus sentimentos e sensibilidades, como se soubessem o que é melhor ou pior para a sociedade.

Pela defesa da ética dos precedentes a ser implantada pelas Cortes Supremas, cria-se uma devoção dos tribunais superiores³⁶, o que acaba por transformá-los em tribunais cada vez mais poderosos e incontroláveis, visto que suas decisões se tornam imunes a qualquer fiscalização e controle a serem exercidos pelo povo mediante o devido processo.

É o que alerta Antônio Aurélio Viana:

A simplificação do método para fins de determinação da *ratio decidendi* a partir do critério hierárquico das Cortes Supremas indica que o caminho para algo ainda mais perigoso já foi aberto, isto é, ensaia-se a proteção da escolha voluntarista no processo decisório. Isso significaria que a Corte Suprema poderia eger, a partir de um ato de vontade, aquilo que compreende como sendo a *ratio decidendi* dos casos anteriores, valendo-se, nesse particular, de um paralelismo à metodologia defendida pelo positivismo jurídico de viés kelseniano ou hartiano, pois, nas referidas teorias, assegura-se ao juiz a possibilidade de fazer escolhas dentro das diversas possibilidades contidas numa moldura ou textura aberta. Considerando-se a indeterminação linguística, o precedente passaria a ser considerado tão somente aquilo que a Corte Suprema diz ser.³⁷

Essa situação piora quando Mitidiero passa a defender um modelo cooperativo de processo em que o juiz é paritário no diálogo e assimétrico no momento da decisão, o que permite a ingerência de aspectos éticos, culturais e axiológicos no pronunciamento decisório.³⁸ Esses aspectos, se observados no momento de construção de um precedente,

³⁵ Rosemiro Pereira Leal denomina o igual direito de interpretar e argumentar de hermenêutica isomênica. LEAL, Rosemiro Pereira. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

³⁶ A virtude ética dos tribunais acaba por possibilitar o sincretismo entre os três tipos de dominação legítimas de Max Weber, principalmente no tocante à dominação carismática a ser exercida pelas Cortes Supremas. A dominação legal se dá pela obediência à regra estatuída a estabelecer a quem e em que medida se obedece, a tradicional ocorre pela crença na santidade das ordens e dos poderes senhoriais existentes, de forma que o conteúdo das ordens está fixado pela tradição, e, por fim, a dominação carismática, que ocorre pela devoção afetiva e ao carisma do senhor. WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: FERNANDES, Florestan (Coord.) COHN, Gabriel (Org.). Max Weber. Sociologia. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2004.

³⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017, p. 192.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

dão continuidade a um processo cujas premissas se encontram lastreadas em uma relação jurídica processual em que juiz é hierarquicamente superior às partes e solapa o devido processo e o princípio da legalidade.³⁹

Essa perspectiva é muito bem criticada por Isabella Fonseca Alves, ao demonstrar que Daniel Mitidiero ainda traça uma perspectiva teórica da cooperação processual geradora de protagonismo judicial que olvida da dialogicidade do processo na construção das decisões pelo princípio do contraditório e pelo processo constitucional.⁴⁰

Desta feita, a crença na virtude ética dos tribunais é criadora de um discurso realmente perigoso, ao subverter a democracia e transferir um poder politizado a uma instituição que não possui qualquer caráter representativo⁴¹, além de criar um precedente obrigatório fechado a interpretações e debates argumentativos entre as partes, como se fossem guardiãs da legalidade e da constitucionalidade.

3 DIANTE DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO: AS CORTES SUPREMAS COMO GUARDIÃS DA LEI

Outro aspecto deveras problemático na ética dos precedentes obrigatórios é transformar as Cortes Supremas em guardiãs da lei, em nítida tentativa de se imprimir uma pretensa segurança jurídica aos entendimentos fixados pelos padrões decisórios.

Nesse sentido, no conto denominado “Diante da Lei”, Franz Kafka, escritor tcheco, relata que um camponês se apresenta diante de um guarda, protetor de uma porta, que representa a lei. O camponês solicita ao guarda a sua entrada na lei, no entanto, o guarda

³⁹ MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafael; ENGELMANN Wilson. (Org.). Jurisdição e Técnica Procedimental. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, v. 6.

⁴⁰ ALVES, Isabella Fonseca. A cooperação processual no Código de Processo Civil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

⁴¹ BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas. In: AGAMBEN, Giorgio *et alii*. Democracia en suspenso. Madrid: Ediciones Casus-Belli, 2010, p. 59-78.

não permite a sua entrada, mesmo com a porta aberta, bem como não apresenta qualquer fundamentação para tal impedimento.

É o que se extrai do conto:

Diante da Lei está um guarda. Vem um homem do campo e pede para entrar na Lei. Mas o guarda diz-lhe que, por enquanto, não pode autorizar-lhe a entrada. O homem considera e pergunta depois se poderá entrar mais tarde.

– “É possível” – diz o guarda. – “Mas não agora!”.

O guarda afasta-se então da porta da Lei, aberta como sempre, e o homem curva-se para olhar lá dentro. Ao ver tal, o guarda ri-se e diz:

– “Se tanto te atrai, experimenta entrar, apesar da minha proibição. Contudo, repara, sou forte. E ainda assim sou o último dos guardas. De sala para sala estão guardas cada vez mais fortes, de tal modo que não posso sequer suportar o olhar do terceiro depois de mim”.

O homem do campo não esperava tantas dificuldades. A Lei havia de ser acessível a toda a gente e sempre, pensa ele. Mas, ao olhar o guarda envolvido no seu casaco forrado de peles, o nariz agudo, a barba à tártaro, longa, delgada e negra, prefere esperar até que lhe seja concedida licença para entrar. O guarda dá-lhe uma banqueta e manda-o sentar ao pé da porta, um pouco desviado. Ali fica, dias e anos. Faz diversas diligências para entrar e com as suas súplicas acaba por cansar o guarda. Este faz-lhe, de vez em quando, pequenos interrogatórios, perguntando-lhe pela pátria e por muitas outras coisas, mas são perguntas lançadas com indiferença, à semelhança dos grandes senhores, no fim, acaba sempre por dizer que não pode ainda deixá-lo entrar. O homem, que se provera bem para a viagem, emprega todos os meios custosos para subornar o guarda. Esse aceita tudo mas diz sempre:

– “Aceito apenas para que te convenças que nada omitiste”.

Durante anos seguidos, quase ininterruptamente, o homem observa o guarda. Esquece os outros e aquele afigura ser-lhe o único obstáculo à entrada na Lei. Nos primeiros anos diz mal da sua sorte, em alto e bom som e depois, ao envelhecer, limita-se a resmungar entre dentes. Torna-se infantil e como, ao fim de tanto examinar o guarda durante anos lhe conhece até as pulgas das peles que ele veste, pede também às pulgas que o ajudem a demover o guarda. Por fim, enfraquece-lhe a vista e acaba por não saber se está escuro em seu redor ou se os olhos o enganam. Mas ainda apercebe, no meio da escuridão, um clarão que eternamente cintila por sobre a porta da Lei. Agora a morte está próxima. Antes de morrer, acumulam-se na sua cabeça as experiências de tantos anos, que vão todas culminar numa pergunta que ainda não fez ao guarda. Faz-lhe um pequeno sinal, pois não pode mover o seu corpo já arrefecido. O guarda da porta tem de se inclinar até muito baixo porque a diferença de alturas acentuou-se ainda mais em detrimento do homem do campo.

– “Que queres tu saber ainda?” , pergunta o guarda.

– “É insaciável”.

– “Se todos aspiram a Lei”, disse o homem.

– “Como é que, durante todos esses anos, ninguém mais, senão eu, pediu para entrar?”.

O guarda da porta, apercebendo-se de que o homem estava no fim, grita-lhe ao ouvido quase inerte:

– “Aqui ninguém mais, senão tu, podia entrar, porque só para ti era feita esta porta. Agora vou-me embora e fecho-a”.⁴²

⁴² KAFKA, Franz. Diante da lei. A colônia penal. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia,

A ideia do guardião kafkiano nos remete às questões relativas ao denominado acesso à jurisdição⁴³, mas, diante da incorporação dos precedentes no direito processual brasileiro, o conto de Franz Kafka também pode ser utilizado para ilustrar a problemática da tese dos precedentes obrigatórios e da ética das Cortes Supremas.

Pela análise do conto de Kafka, pode-se fazer uma relação em que o camponês é o cidadão (destinatário e autor normativo) e o guarda é a Corte Suprema. Assim, mesmo que a porta da lei esteja aberta, o camponês “não consegue entrar nela. O guarda sem qualquer fundamentação para tanto, deixa o camponês numa espera eterna, sendo ele próprio o obstáculo que separa a lei de seu destinatário”.⁴⁴

É de se perceber que o conto de Kafka nos remete a um processo autoritário, em que as partes (camponês) estão em subserviência ao Estado-Juiz (guarda) que, como supra parte, pode decidir de modo solipsista e sem apresentar qualquer fundamentação jurídica como sustentáculo de sua decisão.

As partes ficam, então, impossibilitadas de exercerem ampla participação na construção das decisões, pois seus argumentos, provas e contra-argumentos passam a não vincular o julgador no resultado decisório, diante da possibilidade de decidir em solitária onipotência. Assim como o camponês, que questiona o guarda sobre sua decisão sem qualquer fundamentação de não o deixar entrar na lei, as partes estão ao bel prazer do Estado-Juiz que assume o protagonismo decisório e decide conforme sua própria consciência.

A defesa de que as Cortes Supremas são as únicas a gerar um precedente obrigatório, a partir da indicação de uma *razão jurisprudencial* infalível e inacessível às

2000. v. 7, p. 71-72.

⁴³ No presente trabalho não utilizaremos a expressão acesso à justiça, pois o uso da palavra “justiça” possui um significado “polissêmico, relativo e conotação decorrente de uma concepção autoritária de processo, em que o julgador é legitimado a decidir solitariamente e também a apreciar o mérito processual a partir de análises jurídicas e metajurídicas da demanda levada pelas partes ao Judiciário”. COSTA, Fabrício Veiga. Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 74.

⁴⁴ MADEIRA, Dhenis Cruz. Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 348.

partes, é a reprodução do conto de Kafka. Isso porque, a estabilização do sentido normativo com a tentativa de moldar e dar uma estabilidade *ad aeternum* às decisões dos tribunais⁴⁵ sobre a justificativa de conferir previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos-jurisdicionados, não passa de um discurso tópico-retórico com a pretensão de que as Cortes Supremas atuem como guardiãs da interpretação jurídica e impeçam o acesso à jurisdicionalidade e à lei pelas partes.

A replicação da interpretação firmada no precedente obrigatório proferido por uma Corte Suprema impossibilita que as partes possam interpretar e buscar a extração da *ratio decidendi* de forma dialogicamente compartilhada pelo processo, sendo um entrave à efetivação dos princípios institutivos⁴⁶ do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (devido processo).

Confere-se uma força de lei⁴⁷ aos precedentes obrigatórios geradora de violência normativa que permite à Corte Suprema uma atuação em um espaço nu (desprocessualizado) típico do Estado de Exceção. O estabelecimento de um sentido para uma lei ou norma de modo solipsista faz com que as Cortes Supremas estejam ao mesmo tempo dentro e fora da normatividade, com contínua interdição e suspensão da legalidade, em um Estado de Exceção.⁴⁸

Isso porque, admite-se, “sem questionamentos, que uma classe especialíssima de homens instale, na casuística dos conflitos, a exceção cotidiana. Intrrometem-se, na atividade decisória, contingências arbitrariamente selecionadas que estariam a impor a

⁴⁵ Com a reforma proporcionada pela Lei 13.256/2016 no CPC/2015, o acesso aos tribunais superiores tornou-se quase impossível, o que gera uma estabilidade quase cristalizante dos precedentes, visto que a superação dos precedentes ficou praticamente inviabilizada. Sobre o tema: VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

⁴⁶ Denominam-se princípios institutivos, pois instituem o processo, sendo defeso e inconstitucional a sua supressão. LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁴⁷ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2ª Edição. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010.

⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

negação da aplicação da ordem jurídica vigente”.⁴⁹

Cria-se, portanto, um espaço do soberano⁵⁰, infiscalizável, incontornável e sem quaisquer possibilidades de enfretamento crítico, apontamento de equívocos nos precedentes, realização de distinção (*distinguishing*) e até mesmo superação (*overruling*), diante de um tribunal criador de teses que chega ao ponto de punir as partes com a imposição de multas por interpor recurso contrário ao precedente firmado.⁵¹

Aqui, a tese das Cortes Supremas acaba por reduzir o povo à figura do *homo sacer*⁵² que, como muito bem pontua Dhenis Cruz Madeira, “é o homem sacralizado, que habita o espaço nu, o espaço não normativo, sem lei. Trata-se de um homem dominado por alguém que o sacraliza”.⁵³

O *homo sacer*⁵⁴ não é vislumbrado como um indivíduo, não é integrante do Estado e

⁴⁹ LEAL, André Cordeiro. THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez.2015, p. 28.

⁵⁰ “O soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), ‘o soberano está fora [steht ausserhalb] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [gehört] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão in toto da constituição. Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro êxtase-pertencimento”. AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 56-57.

⁵¹ Trata-se de um caráter pedagógico que acaba por desvirtuar o processo em sua concepção democrática. Sobre o tema, conferir: CARVALHO, João Carlos Salles de. Pedagogia judicial e processo democrático: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

⁵³ MADEIRA, Dhenis Cruz. Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 337.

⁵⁴ Giorgio Agamben leciona que: “Aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida humana matável e insacrificável: o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da ‘origem do dogma da sacralidade da vida’. Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono”. AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 85.

é um excluído social de uma sociedade civil pressuposta⁵⁵ que “não consegue participar do discurso processual”.⁵⁶

A geração de um precedente obrigatório que fixa um sentido para a norma aplicável a todos os cidadãos também acaba por gerar uma massa de julgados a ser conduzida pelas Cortes Supremas, na tentativa de imprimir uma celeridade irrefletida aos julgamentos. Essa problemática advinda da litigiosidade repetitiva⁵⁷ pode acabar por criar técnicas que permitem o controle das massas pelo aumento do poder dos tribunais superiores, que, em suma, é o que pretendem Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, ao buscarem uma redução de processos nos tribunais pela aplicação do precedente obrigatório.

Essa massa, denunciada por Elias Canetti como mecanismo de controle estatal por

⁵⁵ Rosemiro Pereira Leal leciona que a concepção de sociedade civil não engloba todos do povo, na medida em que mantém os despatrimonializados (despossuídos) fora da fruição de suas liberdades. Os excluídos sociais, então, são considerados como povo somente pelo fato de pertencerem à cidade, o que mantém o domínio dos patrimonializados sobre o destino daqueles. LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*, ano 4, n.2, dez. 2005. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acesso em: 05 fev. 2017. Roberta Maia Gresta nos ensina que “a sociedade civil não abarca toda a população do território, mas apenas os sujeitos que, já *patrimonializados*, valem-se da lei e de decisões judiciais para homologar uma pauta de direitos que reputam adequada, porque historicamente conquistada. Trata-se, segundo Leal, de uma sociedade *pressuposta*, isto é, pré-existente em relação à Constituição, embora seja esta que, em tese, deveria instituir a sociedade. Os excluídos sociais são os *não patrimonializados*, os despossuídos. Sua integração ao conceito de povo se dá apenas na condição de habitante da cidade, e não pelo reconhecimento de serem eles, também, inatos portadores de liberdades”. GRESTA, Roberta Maia. Introdução aos fundamentos da processualidade democrática. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 54.

⁵⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 337.

⁵⁷ Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia lecionam que a litigiosidade repetitiva é embasada “prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentação e sistematização. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 379. Ana Paula Diniz faz ótimo apontamento, no qual leciona que “a própria atuação do órgão público gera litigiosidade pela inexistência de políticas públicas inclusivas da população mais carente que vive à margem da sociedade historicamente constituída sob critérios econômicos e raciais. A ausência de implementação de direitos fundamentais mínimos aos cidadãos é fator determinante para a geração de demandas, fundadas nos mesmos argumentos jurídicos”. Por isso, o “aumento de litigiosidade com demandas da mesma origem sobrecarregou uma máquina judiciária já debilitada que, na execução de suas atribuições, de maneira estratégica, visualizou como salvação do seu papel principal, a ideológica a proteção da ‘paz social’, a supressão de direitos fundamentais em prol da celeridade procedimental”. DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. Recursos Especiais “Repetitivos” no Direito Brasileiro: uma questão de (in)constitucionalidade?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71.

uma autoridade, um locutor autorizado, suprime direitos fundamentais e anulam o indivíduo. Segundo o autor, uma das características da massa é a igualdade, mas uma igualdade absoluta que impossibilita a realização de distinções:

2) *No interior da massa reina a igualdade*. Absoluta e indiscutível, tal igualdade jamais é questionada pela própria massa. Ela é de tão fundamental importância que se poderia definir o estado da massa como um estado de igualdade absoluta. Uma cabeça é uma cabeça; um braço é um braço – as diferenças não importam. É por causa dessa igualdade que as pessoas transformam-se em massa. O que quer que possa desviá-las desse propósito é ignorado. Toda demanda por justiça, todas as teorias igualitárias tiram sua energia dessa experiência da igualdade que todos, cada um a seu modo, conhecem a partir da massa”.⁵⁸

Nesse sentido, a massa de julgamentos torna-se justificativa para que uma *jurisdição relâmpago*⁵⁹ aplique os precedentes obrigatórios em nome da celeridade e da duração razoável do processo, sem que os tribunais se atentem para a realização das técnicas da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*), vindo a aplicar o padrão decisório em lides que não possuem quaisquer similitudes fático-jurídicas.

O falso dilema entre celeridade e ampla defesa⁶⁰ gera, portanto, a defesa de técnicas que sumarizam o processo e permitem que juízes e tribunais apliquem os precedentes sem interpretá-los ou distingui-los como “escusa para o Judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhe são submetidos”.⁶¹

Interessante notar que as teses de Mitidiero e Marinoni acabam por se pautar numa defesa de um precedente universalizável, numa racionalidade inquestionável a dar conhecimento das decisões futuras a quaisquer cidadãos, mas que estão ligadas à uma massificação também utilizada por líderes totalitários portadores de carisma:

Repare-se que os líderes totalitários, todos eles, baseiam sua dominação na formação de uma massa, no discurso retórico ou erístico apoiado na ideia de que

⁵⁸ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 28.

⁵⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo*. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). *Celeridade ou ampla defesa: um falso dilema*. Belo Horizonte: RTM, 2015.

⁶¹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 331.

todos devem se unir em torno de um objetivo comum, que há um interesse público que deve ser abraçado por todos e que há uma supremacia deste interesse público sobre o interesse particular.⁶²

Tais aspectos da virtude ética das Cortes Supremas estão relacionadas à docilização do cidadão pela aplicação de um precedente obrigatório, que eivado pelo caráter anacrônico e retrógrado da jurisprudencialização do direito⁶³, acabam por implementar uma sociedade em que o povo é falado e não falante.⁶⁴

Portanto, a ética dos precedentes “nos cria um modelo ultraestatalista que autolegitima e esvazia o papel da cidadania, o que não se pode aceitar num Estado democrático de Direito”.⁶⁵

4 O ANTAGONISMO ENTRE A ÉTICA DOS PRECEDENTES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DA OBRIGATORIEDADE À DEMOCRATICIDADE

A partir da promulgação Constituição da República de 1988, o Brasil passou a adotar como paradigma⁶⁶ o Estado Democrático de Direito⁶⁷, em que o povo passa a ser sujeito constitucional⁶⁸, ante à assunção de participação ostensiva nas decisões estatais

⁶² MADEIRA, Dhenis Cruz. Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 341.

⁶³ FARIA, Gustavo de Castro. Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como teoria da lei democrática. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁶⁵ NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: Revista de Processo. Vol. 263/2017, p. 335 – 396, Jan. 2017, p.344.

⁶⁶ No presente trabalho não utilizaremos a palavra paradigma no sentido de Thomas Khun. Para tanto, conferir: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo constitucional e estado democrático de direito. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁶⁷ O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela junção entre os princípios do Estado de Direito com o da Democracia. Segundo Ronaldo Brêtas, “o Estado de Direito têm base jurídico-constitucional em um conjunto de normas jurídicas (princípios e regras)”, conjunto este formado por direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, o Princípio da Democracia é caracterizado pela “participação ostensiva e preponderante na discussão e resolução dos problemas e questões de interesse nacional, por intermédio do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, das audiências públicas e, principalmente, [...] por meio do processo constitucional”, não sendo somente caracterizado como uma forma de governo ou pelo simples direito ao voto. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo constitucional e estado democrático de direito. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 76.

⁶⁸ Segundo André Del Negri, “O sujeito constitucional não é senão a soma das reivindicações empregadas

(legislativas, jurisdicionais e administrativas). Nesse sentido, o povo irá legitimar as decisões, pois “o ingresso na instância decisória se perfaz quando o sentido enunciado pelo cidadão, ainda que não venha a prevalecer, não pode ser desconsiderado na tomada de decisões”⁶⁹, o que só será possível pela via da participação democrática em procedimentos processualizados.

Com esse raciocínio é possível afirmar que o Processo, nas sociedades democráticas, é uma instituição jurídico-constitucionalizada, pois é formado pelo devido processo e pelos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e isonomia, que irão reger e delimitar o exercício da função jurisdicional.⁷⁰

Segundo Dierle Nunes, o processo constitucional e democrático constitui uma estrutura normativa constitucionalizada, dimensionada pelos princípios constitucionais que atuam de forma dinâmica, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, juízo natural e a inafastabilidade da jurisdição. Assim, essa principiologia será aplicada de forma democrática caso garantam a fruição de direitos fundamentais, em perspectiva normativa, além de vincular todos os argumentos relevantes para os interessados na tomada das decisões.⁷¹

É o que explica Fabrício Simão da Cunha Araújo:

A participação no processo se dá inafastavelmente com base nos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. De tal modo, não há outra finalidade de estar em juízo senão para contribuir discursivamente para a reconstrução mais precisa possível dos fatos e para o acertamento do direito

dialeticamente numa relação com o outro em sociedade, pois a expressão não pode afastar do constitucionalismo. O sujeito constitucional, portanto, só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”. DEL NEGRI, André. Processo constitucional e decisão interna corporis. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29-30.

⁶⁹ GRESTA, Roberta Maia. Introdução aos fundamentos da processualidade democrática. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56.

⁷⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). Constituição, direito e processo. Curitiba: Juruá, 2007, p. 133.

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 1ª ed. (2008). 3ª reimpr. Curitiba: Juruá. 2011.

aplicável à espécie.⁷²

Frise-se, o processo é uma instituição jurídico-linguística constitucionalizada que irá reger os procedimentos, a fim de que as decisões estatais, legiferantes, judiciais ou administrativas, sejam resultantes do compartilhamento do diálogo processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada.⁷³

Nessa esteira, no direito processual democrático, o aplicador da lei não pode se portar como o guardião kafkiano, visto que restringe que as partes possam enunciar os sentidos da lei e contribuir com o seu conjunto argumentativo para a construção compartilhada do provimento final.⁷⁴ Além disso, é defeso ao Estado-Juiz que não apresente qualquer fundamentação jurídica para suas decisões.

De forma determinante, a processualidade democrática rechaça quaisquer imposições violentas de decisões estatais, conseqüentemente, não se compatibiliza com a tese das Cortes Supremas, pois, conforme visto, esta mantém a figura dos tribunais como julgadores virtuosos que podem relegar a segundo plano os direitos e garantias constitucionalmente assegurados a todos os legitimados ao processo (povo).

A observância do princípio da legalidade é crucial para se evitar que decisionismos, sentimentos e sensibilidades contaminem a formação de um precedente, razão pela qual a ética se torna incompatível com a processualidade democrática.

A função constitucional e democrática dos Tribunais Superiores é limitada e não pode extrapolar a legalidade pela formação de precedentes obrigatórios quase incontroláveis. Os tribunais superiores são tribunais recursais que devem julgar as lides de

⁷² ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 02. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 232.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁷⁴ Nessa esteira, é imprescindível que haja a articulação entre o princípio do contraditório e a fundamentação das decisões, sob pena do provimento carecer de legitimidade. É o que se extrai das lições de André Cordeiro Leal e Ronaldo Brêtas. Ver: LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002 e BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo constitucional e estado democrático de direito. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

modo a observar a principiologia processual e a argumentação trazida pelas partes, sob pena de empobrecer o discurso processual democrático.

Na perspectiva da processualidade democrática, pelo delineamento de um espaço processual⁷⁵ amplamente argumentativo e dialógico, os precedentes devem ser interpretados por quaisquer sujeitos processuais, o que cria paradoxo nas propostas de Mitidiero e Marinoni, denominado por Antônio Aurélio Viana de *paradoxo dos precedentes obrigatórios*:

Se as cortes e juízes de grau inferior podem interpretar a *ratio decidendi*, por conseguinte, poderão também divergir em relação ao próprio precedente, uma vez que o seu núcleo é exatamente a *ratio*. Se a *ratio decidendi* não é vinculante, não há como o precedente sê-lo. *Reside nisto o paradoxo!* Como falar em precedente obrigatório, se o seu núcleo – a *ratio decidendi* – encontra-se em estado de permanente abertura à interpretação pelas cortes inferiores? É de significativa relevância lembrar que cabe ao juiz do caso *sucessivo* estabelecer a existência ou não de precedente. É no diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente.⁷⁶

Ou seja, se os precedentes são passíveis de interpretação por quaisquer sujeitos processuais, em espaço argumentativo estruturado constitucionalmente pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a interpretação dada pelas Cortes Supremas não é vinculante, o que certamente cria uma aporia na tese da ética dos precedentes.

Assim, o que se deve conjecturar não é a construção de um precedente obrigatório a partir do primado da jurisdição, mas, sim, um precedente como instituto jurídico processualizado, cujas bases democráticas sejam o *devido processo constitucional* e a *fiscalidade* incessante das decisões estatais. É o que leciona Rosemiro Pereira Leal:

O que se põe em relevância à compreensão do instituto do *precedente* é o afastamento do *primado da jurisdição* que caracteriza o Estado Dogmático

⁷⁵ “A teoria neoinstitucionalista, esclarecendo o devido processo como instituinte do direito democrático, viabiliza a instauração de um espaço processual de discursividade crítica para investigação e construção do significado da lei democrática pelos destinatários do provimento. O processo como eixo-teórico-linguístico torna possível a desativação dos sentidos preestabelecidos no texto da lei, a fim de romper com o autoritarismo do saber extrassistêmico do decididor (legislador ou juiz) onividente”. ALMEIDA, Andréa Alves. Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 145.

⁷⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017, p. 189.

(Liberal e Social de Direito) para, em seu lugar, instituir o *devido processo* como centro do sistema jurídico do Estado Democrático, exigindo sempre, à formação jurisprudencial por cadeia de precedentes, a ser uniformizada, na construção das decisões, o crivo construtivo do *devido processo legal*, que é o conjunto de procedimentos processualizados à consolidação da ‘segurança jurídica, liberdade e igualdade’ (tão solicitadas pelos jurisdicionalistas!) como direito fundamental constitucionalizado no Brasil (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Nos Estados Democráticos, não é a atividade jurisdicional *per se* que vai promover a tão almejada unidade do direito por uma fundamentação *secundum conscientiam* (cognitivismo interpretativo do positivismo lógico), mas uma fundamentação egressa da *cognitividade objetiva* das estruturas lógico-discursivas da procedimentalidade processualizada que legitima a construtividade dos precedentes no âmbito de uma *decisão jurídica*, não mais de uma instrumental *de-cisão judicial* a partir de uma razão performativa do saber jurisdicional.⁷⁷

Desta feita, uma vez que “a ética e a processualidade democrática não cuidam de conceitos compossíveis”⁷⁸, os precedentes obrigatórios e a defesa das Cortes Supremas geram enormes *déficits* de legitimidade democrática dos próprios precedentes, na medida em que relegam o *Devido Processo* a segundo plano e não se preocupam com a fruição de direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente a todos do povo, sendo, portanto, antagônicos e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

4. CONCLUSÃO

A ética e a virtude ética, compreendidas como um saber prático que possibilita com que juízes e tribunais decidam com base em critérios extralegais dizendo o que é melhor ou pior para a sociedade a partir da interpretação e aplicação da lei, geram a continuidade do solipsismo judicial ao impedir que as partes também participem da construção das decisões em um espaço argumentativo regido pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Ao depositar uma confiança na virtude ética dos tribunais superiores e consigná-los como Cortes Supremas únicas capazes de gerar uma interpretação que molde as decisões e o ordenamento jurídico, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni geram uma

⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017, p. 305.

⁷⁸ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Ética e processualidade democrática: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 105.

concepção que ignora a participação processualizada dos sujeitos processuais na formação do precedente.

Diante disso, a ética dos precedentes obrigatórios torna-se um espaço onde os tribunais superiores podem decidir conforme suas sensibilidades em solitária onipotência como guardiães kafkianos da legalidade e da constitucionalidade. A ausência de *Processo* é que permite com que a formação de precedentes obrigatórios esteja em um Estado de Exceção gerador de violência normativa pelo soberano.

Portanto, por impedir a construção dialógico-argumentativa e interpretativa dos precedentes pelos sujeitos processuais, a ética dos precedentes é incompatível com o Estado Democrático de Direito, cujo pilar é a construção das decisões estatais pelo povo (sujeito constitucional) de modo compartilhado em contraditório, ampla defesa e isonomia. Somente pela processualidade democrática é possível a compreensão de que o Processo é o *medium* de implementação e fruição de direitos fundamentais pela dialogicidade inerente à democracia.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALMEIDA, Andréa Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: Editora CRV, 2012.

ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 02. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo**. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BROWN, Wendy. Agora todos somos demócratas. *In*: AGAMBEN, Giorgio *et alii*. **Democracia en suspenso**. Madrid: Ediciones Casus-Belli, 2010, p. 59-78.

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2ª Edição. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. **Recursos Especiais “Repetitivos” no Direito Brasileiro**: uma questão de (in)constitucionalidade?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KAFKA, Franz. Diante da lei. **A colônia penal**. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000. v. 7.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

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

LEAL, André Cordeiro. THIBAU, Vinicius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez.2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295-313, abr./jun. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Celeridade ou ampla defesa**: um falso dilema. Belo Horizonte: RTM, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, ano 4, n.2, dez. 2005. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acesso em: 05 fev. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis e o exercício da atividade jurisdicional**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores como cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “Paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafhael; ENGELMANN Wilson. (Org.). **Jurisdição e Técnica Procedimental**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, v. 6, p. 45-80.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 1ª ed. (2008). 3ª reimpr. Curitiba: Juruá. 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). **Precedentes** - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 301-334.

NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *In*: **Revista de Processo**. Vol. 263/2017, p. 335 – 396, Jan. 2017.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Ética e processualidade democrática**: implicações críticas. Col. Estudos da Escola Mineira de Processo. Vol. 06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentação e sistematização**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos. *In*: ROSSI, Fernando. *et. al.* (Coords.) **O Futuro do Processo Civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. *In*: FERNANDES, Florestan (Coord.) COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber. Sociologia**. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2004.

IDENTIDADE ENTRE SER E PENSAR: CAMINHO E OBJETO DA LÓGICA NO PENSAMENTO HEGELIANO

*José Carlos Henriques*⁷⁹

RESUMO

O presente trabalho contempla, de preferência, os primeiros movimentos de pensamento contidos na obra “A ideia de justiça em Hegel”, de Joaquim Carlos Salgado, dedicando-se, em especial, a seus dois primeiros capítulos. Trata-se de elucidar como, para Hegel, se articula a identidade de ser e pensar, o que implica em uma nova e decisiva concepção da lógica. A filosofia aparecerá, então, na forma de sistema, comportando a totalidade do pensável sobre o absoluto.

1. Introdução

Para a compreensão do pensamento de Hegel, após firmar a natureza do pensar filosófico como saber da totalidade, percorrem-se os principais momentos do itinerário histórico da filosofia ocidental, para surpreender o caminho que conduz Hegel à Lógica, enquanto ciência do pensar, que é também ontologia, já que ser e pensar são identificados, na coincidência dialética de conteúdo e forma, sendo então possível o conhecimento do absoluto, que se mostra na filosofia, enquanto esta é pensar de si mesmo, é liberdade de autodeterminação.

Assim, a filosofia se apresenta na forma de sistema, que é a totalidade efetiva do pensável sobre o absoluto. Neste sentido, toda a história da filosofia, enquanto comporta momentos de compreensão da ideia na sua efetividade histórica, é já a Filosofia, constituindo-se como parte e, ao mesmo tempo, como o todo do sistema, numa relação dialética em que partes e todo se imbricam, numa *autodependência constitutiva necessária*.

2. Filosofia e filosofia do direito, sentido e tarefas

⁷⁹ Doutorando em Direito pela UFMG, mestre em Direito e em Filosofia. Professor da UNIPAC de Itabirito-MG.

A filosofia é saber radical, de fundamento, que ultrapassa uma perspectiva de compreensão da realidade que seja parcial, para lançar-se à tarefa de compreensão do real, em sua totalidade. Esta a perspectiva hegeliana do sentido e da tarefa da filosofia. Talvez por estas e outras razões, seria adequado dizer que Hegel pretendeu elevar a filosofia a um patamar diverso da “amizade pela sabedoria”, tornando-a, de fato, verdadeira sabedoria, *sophia*.

A filosofia, portanto, é saber reflexivo, no qual o pensamento pensa-se a si mesmo, nada sendo “dado ao homem enquanto homem que não seja perpassado pelo pensamento”. E, por isto, ao contrário do que se passa com as diversas ciências particulares, em que o pensar se volta para seguimentos da realidade, o “pensar o pensamento”, reflexivamente, em um movimento em que o pensamento dá conta de si mesmo, é a forma de proceder do filosofar, enquanto busca dar conta da totalidade do real.⁸⁰

Para Hegel, a filosofia não é um conhecer ensimesmado da razão, abstratamente dedicado ao saber sobre as competências do sujeito racional, mas sim um saber que parte da mediação da cultura, lugar do processo livre de manifestação do Espírito, nas suas diversificadas formas. Eis porque, com apoio nas lições de Lima Vaz, possível concluir que “a tarefa da filosofia concentra-se em pensar a universalidade do homem como ser livre: é pensar a liberdade”. Não se trata de pensar uma ou outra manifestação da liberdade, mas comparece a filosofia como um esforço unificador da razão: pensar o absoluto imanente, pensar a liberdade na história.⁸¹

Compreende-se que esta seja tarefa apta a impulsionar o filosofar, vez que não há saber da razão que não seja, a um só tempo, saber de si. Eis porque o conhecimento do mundo exterior, e do processo histórico que o concretiza, é mediador de um saber outro, o

⁸⁰ Uma vez mais, firmamos que aquilo que nos move aqui é compreender e, se de alguma maneira for possível, dizer de outro modo aquilo que já fora exposto pelo autor de referência. Por isto, doravante, nos dispensaremos de indicar todos os lugares da obra que nos emprestaram apoio, exceto quando se tratar de menções literais. A expressão grifada comparece em SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p.14.

⁸¹ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 14.

autoconhecer do Espírito, que se revela na história como liberdade, determinando-se a si mesmo.

A Civilização Ocidental cedo foi marcada pela consciência da cisão entre natureza e cultura. Já desde os gregos, esta consciência se manifesta, mas também é com os mesmos gregos que, pelo *logos*, o homem se volta para a superação desta reconhecida cisão, unificando os elementos cindidos como realidades a ele pertencentes, enquanto por ele conhecidas.

Há unificação, vez que, entre os gregos, o mundo da natureza e o da cultura, são conhecidos e justificados pelo *logos*. Mas a reconciliação não afasta a ameaça da cisão.

Assim, reconhecida a cisão, pela razão demonstradora, tenta-se sua superação mas, não obstante, permanece aquela como uma ameaça, vez que o processo de conhecimento do mundo da natureza não se presta, ao menos de igual modo, à compreensão do mundo da cultura.

O mundo da natureza é o dado, em suas relações e leis, o mundo da cultura é da ordem do construído, ordenação da ação criadora do homem, e ambos podem ser conhecidos e justificados pelo *logos*.

O dualismo se radicaliza, na modernidade, com Kant, que o faz deslocar-se para a própria esfera do conhecimento, opondo-se *noumenon* e fenômeno, sujeito e objeto. Para Kant, há uma inadequação da estrutura da razão pura para explicar a liberdade, que pertence ao “numenal”.

De outro lado, há também inadequação da razão prática para explicar o reino necessário da natureza, fenomenal. O dualismo agora se deve ao próprio *logos*, está no próprio *logos*, antes pensado, pelos gregos, como elemento unificador e remédio de combate à cisão entre o mundo da natureza e o da cultura.

Por tudo, historicamente, insistiu em permanecer a cisão entre a necessidade do mundo natural e a liberdade do mundo ético, apesar das investidas do logos unificador que, em Kant, comparece, ele mesmo, como logos cindido.

Uma vez radicalizado, ainda mais, o dualismo por Kant, para Hegel, se apresenta, como tarefa da razão, o desafio de restaurar a unidade pensada pelos gregos. Ou seja, dar resposta a interrogações de monta: “Como pensar a unidade do teórico e do prático? Como pensar a unidade do homem, ser natural e moral, necessidade e liberdade? Ou, em suma: como pensar a liberdade na natureza e na ordem social?”⁸²

Hegel, em resposta, percorrerá duas direções. Por primeiro, reconhecendo que tentativas de restaurar a unidade perdida não poderiam escapar de tratar com seriedade a radicalização da cisão, trazida por Kant. Ou seja, qualquer restauração não deveria ser mera reposição ingênua da solução havida entre os gregos, antes urgia tomar a ombros a efetiva contradição, evidenciada por Kant, entre as ordens a unificar, natureza e cultura.

De outro lado, Hegel firmará a ideia segundo a qual a mais alta radicalização da cisão, o dualismo reconhecido no interior do próprio logos, razão teórica e razão prática, se dá no pensamento e que, por isto, “os dualismos internos do pensamento, são, portanto, não realidades que se excluem abstratamente por eliminação, mas aspectos que se superam na unidade total do pensamento”.⁸³

Eis porque o sentido e o objeto da filosofia é o absoluto e a filosofia há de ser um saber radical da totalidade, um saber do saber absoluto, a própria sabedoria, *sophia*.

A natureza deste saber é que ele deva ser um *saber do pensar*, não da fé ou da intuição. Daí porque as tentativas de superação do dualismo, arraigado na tradição ocidental, até Hegel e a juízo dele, não teriam, ainda, alcançado resposta satisfatória.

⁸² SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 17.

⁸³ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 18.

A solução kantiana seria insuficiente porque, a par de radicalizar o dualismo, não alcança o absoluto, pois permanece dependente do sensível, do intuitivo.

Enfim, a crítica, ao estabelecer as condições de possibilidade do conhecimento, enquanto ciência, acaba por relegar o absoluto ao indeterminado, ao incognoscível. O que dele, do absoluto, se diz são ideias fantasiosas, antinomias da razão. Como bem observa Enrico Berti, para Hegel,

Kant teve o mérito de reconhecer que a antinomia é necessária, mas errou ao considerá-la somente subjetiva, isto é, expressão de uma razão incapaz de conhecer a autêntica realidade; ele não compreendeu que, justamente porque chega necessariamente à antinomia, a razão conhece a realidade objetiva, mais ainda, o Absoluto, o infinito, pois este último não pode ser expresso a não ser mediante a contradição.⁸⁴

Insuficiente é, do mesmo modo, a solução apresentada por Fichte, que não logra alcançar o saber absoluto, vez que é a intuição que indica a identidade do Eu-Eu, intuição intelectual do puro pensamento de si mesmo, seu saber permanece no plano do Eu, oposto ao absoluto e universal.

Também Schelling, para quem o absoluto aparece já como identidade do sujeito e do objeto, o que Hegel vê como um grande mérito, não logra alcançar a reconciliação de maneira adequada. É que, para ele, esta identidade não é alcançada senão, de novo, pela intuição, na exemplaridade da arte, não sendo operada pela razão.

Evidencia-se, assim, a solução de Hegel: introduzir como elemento unificador, visando à superação do dualismo, a razão; é pensar *logicamente* a unidade de sujeito e objeto, do racional e do real.

Não a intuição, mas o saber, como demonstração da necessidade lógica do processo de exposição da ideia, esta a via adequada para a superação, a reconciliação dos mundos em

⁸⁴ BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 283.

dualismo, isto porque, “a mais alta forma de expressão das ideias é o seu próprio elemento, o pensar; o pensar, a ideia como conceito”.⁸⁵

Por tudo, em relação à cisão experimentada pelo pensamento filosófico, no Ocidente, contra as soluções inadequadas, Hegel opõe sua pretensão de “demonstrar o absoluto por um processo lógico, que supera o plano do sentimento (em que o absoluto se mostra na forma de religião) e o da intuição (em que se revela na forma de arte) pelo pensar a esfera do conceito, em que o absoluto se expõe na forma do saber filosófico especulativo”. Esta a tarefa da filosofia, segundo Hegel: é saber da totalidade, “é o saber universal dos saberes universais das ciências particulares”, enquanto “conhecer da razão, em si mesma, ou da *racionalidade do real*”.⁸⁶

Assim, não há cisão entre ser e pensar, entre ser e dever ser. A respeito desta superação das cisões, Giovanni Reale, esclarece:

Na *Filosofia do direito*, Hegel escreveu: “Tudo que é real é racional e tudo o que é racional é real”. Isso significa que a ideia não é separável do ser real e efetivo, e sim que o real ou efetivo é o mesmo desenvolver-se da ideia e vice-versa. [...] Contudo, só se compreende perfeitamente o sentido dessa afirmação importantíssima considerando o fato de que, para Hegel, qualquer coisa que exista ou aconteça não está fora do absoluto, mas é um insuprimível *momento* dele. O mesmo significado tem a afirmação de que “*ser e dever ser coincidem*”, o que é, é o que devia ser, porque tudo o que existe é precisamente momento da ideia e do seu desenvolver-se (o que acontece é sempre o que *merecia* acontecer). Doravante torna-se claro o chamado “panlogismo” hegeliano, ou seja, a afirmação de que “tudo é pensamento”. Isso não significa que todas as coisas têm pensamento como o nosso (consciência como a nossa), e sim que tudo é racional enquanto é *determinação de pensamento*. Essa afirmação, explica Hegel, corresponde à afirmação dos antigos segundo a qual o *Nous* (ou seja, a Inteligência) governa o mundo.⁸⁷

⁸⁵ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 21.

⁸⁶ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 21. Grifado no original.

⁸⁷ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013. p. 104. Grifado no original.

Contudo, o absoluto, o infinito, o real em sua totalidade não se dá a conhecer pelo sentimento, pela intuição ou pela fé, que são “algo de não científico”. Por isto, urge ocupar-se da contradição que, para Kant, comparece como ameaça a um qualquer saber científico sobre aquilo que ultrapasse os conteúdos da sensibilidade.

Em relação a essa contradição, que se evidencia nas antinomias da razão, tão radicalmente insistente na crítica kantiana, sobreleva-se, para Hegel, “a diferença entre a atitude do intelecto e a atitude da razão”, isto porque “o intelecto, que também a cria (a contradição), isto é, a produz, e a seguir não a suporta, isto é, a rejeita, a declara falsa, ao passo que a razão a suporta, mais ainda assume e a declara verdadeira”.⁸⁸

A razão reconhece e quer em si a contradição, o que a aproxima da realidade, que é também, ela mesma, contraditória.

Assim, assumir a contradição não resulta em fé, em intuição do absoluto, em postulados, mas sim na radical afirmação da possibilidade de conhecer a realidade, já que razão e realidade são pensadas e reconhecidas como, de fato, são: contraditórias, e isto não é um limite da razão é, antes, o reconhecimento de suas reais possibilidades, de sua potência.

Para Hegel, “a contradição faz parte da própria essência do mundo, não só da razão enquanto aplicação de suas categorias à aparência fenomênica daquele; por isso, a razão não deve libertar-se da contradição, renunciando a conhecer o mundo como coisa em si, como acontece em Kant, pois dessa forma ela se esvazia de qualquer conteúdo”.⁸⁹

Duas outras características marcam o pensar filosófico de Hegel, enquanto forma de saber especulativo: é *conhecimento sistemático*, em que as partes e o todo se interdependem de forma irremediável; é, ainda, *conhecimento enciclopédico*, vez que deve percorrer a

⁸⁸ BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 305. A expressão entre parênteses não consta do original, foi introduzida para garantir a clareza do sentido.

⁸⁹ BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. São Paulo: Paulus, 2013. pp. 283-284.

totalidade do conhecimento da realidade, a partir dos resultados alcançados pelo saber científico, buscando a justificação deste como unidade racional.

É assim que o caráter enciclopédico da filosofia guarda consonância com a noção grega de *Paideia*, que aponta para a formação do homem por completo, em tudo que a cultura de seu tempo o permitir.⁹⁰

Pensada a partir desta perspectiva de compreensão, de matiz hegeliano, a filosofia do direito se apresenta como tentativa de encontrar a inteligibilidade última do direito, enquanto evento da cultura, evento que se positiva nas diversas formas históricas de sua manifestação, pensando o direito positivo, para alcançar-lhe a justificação racional, colocando-o frente ao tribunal da razão.⁹¹

Assim compreendida, a filosofia do direito, ao buscar a inteligibilidade do direito enquanto cultura, é movida por pretensões teóricas. Mas, ao se prestar a uma reflexão crítica sobre o direito positivo, buscando seu fundamento racional, é fonte de possível contribuição prática para torná-lo mais justo, denunciando, criticamente, o que nele possa haver de contingente e arbitrário.⁹² Eis, porque, para Hegel, “a justiça é o próprio direito que se efetiva na história”. Quanto mais atender o direito positivo ao princípio de racionalidade imanente ao jurídico, que é liberdade, tanto mais justa será aquela determinada manifestação histórica do direito.

Há, portanto, razões para que se dê atenção a Hegel em nosso tempo. Eis algumas delas: com ele, culminam e se encerram “os esforços da cultura ocidental para pensar a totalidade num sistema de saber”; com ele, “se explicita, no seu momento de maior fulgor teórico, o problema da liberdade como tarefa privilegiada da filosofia”; com ele, a história

⁹⁰ A respeito, ver SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 25.

⁹¹ Esta a compreensão que Joaquim Carlos Salgado, partindo de Hegel, alcança sobre a filosofia do direito, o que nos parece de inegável propriedade. A respeito, conferir Ver SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 28.

⁹² Quanto a esta dimensão prática, que imputa à filosofia do direito a finalidade de torná-lo mais justo, mais humano, na medida que se impõe a tarefa do confronto crítico com as formas histórico-positivadas de manifestação do direito, recorda-se a posição defendida por Arthur Kaufmann. Ver SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 24.

comparece como centro de todo o pensar filosófico, história que se apresenta como o “espaço do aparecer da liberdade”; com ele, a história se mostra como percurso que comporta “uma racionalidade imanente, que nos permite compreendê-la”.⁹³

3. A insuficiência dos modelos lógicos anteriores e a necessidade de uma nova lógica, a dialética: superação do dualismo pela unidade da ideia

Já desde os gregos, o dualismo, a cisão do pensamento filosófico se estabelecia. Platão firmara o dualismo ontológico, já que existentes dois mundos, o das ideias e o mundo sensível, cisão que estendia raízes ao plano gnosiológico, não sendo o conhecimento sensível critério de verdade. Também, com Aristóteles, mantém-se o dualismo gnosiológico entre o sensível e o universal.

O dualismo, tem continuidade na modernidade, acentuando-se ainda mais. Com Galileu, privilegia-se o sensível que, agora, não é dado por mera observação, mas se submete ao regime interventivo da experimentação e, de outro lado, a matemática é pensada como forma de explicação da natureza, sem a qual estaria ausente a universalidade dos conceitos e, por isto, não haveria ciência.

No plano filosófico, Descartes se mantém no dualismo ao separar a *res cogitans* da *res extensa*. Mas é com Kant, na modernidade, que a cisão conhece sua mais radical configuração.

De fato, o *racionalismo*, de matiz cartesiano, confiava na razão para alcançar toda a verdade, sem apelo ao sensível; o *dogmatismo*, radicalizando esta concepção, firmava a possibilidade do conhecimento metafísico de objetos que não se dão à sensibilidade e o *empirismo*, ao firmar que o conhecimento não se sustenta pela razão, mas pela conjunção

⁹³ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 26-27. Ali, coloca-se em destaque, uma vez mais, a contribuição de Lima Vaz para a adequada compreensão do pensamento de Hegel, ao indicar seu passo decisivo: indagar sobre o governo do mundo pela razão, o que nos permite busca uma inteligibilidade da história, uma sua radical e imanente racionalidade.

de impressões sensíveis, se mostraram todos, cada um a seu modo, insuficientes para a superação do dualismo entre sensível e inteligível.

Restaria a Kant a tarefa de reordenar, criticamente estas heranças e pensar as condições de possibilidade do conhecimento sensível e do racional. Assim, a ele tocará a gigantesca tarefa de pensar a positividade da ciência, já estabelecida à sua época, a física, em confronto com a “aporia metafísica”. Isto é, sendo a física um fato, necessário saber não sobre sua possibilidade, vez que já é fato como ciência, mas sobre o modo pelo qual ela se torna possível. Ademais, logo se concluirá pela impossibilidade da metafísica.⁹⁴

Se, para haver ciência, se deve reconhecer, em seu saber, universalidade e necessidade, bem assim incremento de conteúdo em suas afirmações, o que é possível pelo acesso dado pela sensibilidade, bem se compreende que, se a razão, para construir ciência, deva permanecer ligada à sensibilidade, ao menos do ponto de vista da razão teórica, não é possível se firmar a metafísica como ciência, tendo em vista a natureza de seus objetos.

Lado outro, Kant intenta recuperar a metafísica, pensando-a no âmbito da razão prática, vez que o agir humano pode ser determinado por leis próprias, de validade universal, sediadas na razão prática e, porque *a priori*, podem ser alcançadas independentemente da sensibilidade.

No pensamento kantiano, não há mera destruição da metafísica, sim uma sua substituição. De fato, Kant “pretende substituir a metafísica tradicional, ontológica, por uma metafísica transcendental. A metafísica kantiana tem como particularidade ser uma metafísica interior, do sujeito, ao contrário da metafísica clássica, cuja característica é ser uma metafísica do ser, uma ontologia. Como metafísica do sujeito é metafísica da liberdade”.⁹⁵

⁹⁴ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 37.

⁹⁵ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 38

Hegel, tendo Kant como interlocutor privilegiado, buscará a superação desta já longa história de cisão presente no pensamento ocidental. Para ele, a ideia, é o objeto uno da filosofia, que se desenvolve, de forma dialética, cumprindo, na história, um seu caminhar de manifestação, aparecendo em figuras e degraus necessários à sua completa, total, evidenciação.

E, para a compreensão da ideia, objeto uno da filosofia, o caminho é a Lógica, “que outra coisa não é senão a Ideia, o absoluto, que se determina no processo de sua explicitação”.⁹⁶ Antecipe-se que a Lógica, para Hegel, “é a metafísica, compreendida enfim em sua essência, ou seja, como lógica rigorosa do Espírito (ou do Ser)”.⁹⁷

Vê-se que há aqui uma nova compreensão da lógica, que há de ser a lógica dialética, identificada a insuficiência das concepções lógicas anteriores. Com efeito, a dialética encontra-se apta ao reconhecimento da mobilidade e dinamicidade do real, que é contradição. Assim, a dialética é capaz de levar a razão “além dos limites do “intelecto”, a ponto de garantir o conhecimento “científico” do infinito (do real em sua totalidade). [...] A dialética, portanto, torna-se o instrumento com o qual o filósofo dá forma aos lemas românticos informes e com o qual considera poder apresentar o verdadeiro na forma rigorosa que cabe ao verdadeiro, ou seja, no *sistema da cientificidade*.⁹⁸

Reconhece-se o mérito de Kant que, ao empreender sua crítica, bem situara a objetividade no pensar, na descoberta das condições de possibilidade *a priori* do saber, no sujeito, surgindo assim uma lógica do sujeito, uma lógica transcendental, que pretende dar conta da necessidade do pensar, a partir da investigação da “estrutura *a priori* do pensar no sujeito”.⁹⁹

De outro lado, Kant separa do pensar o ser, o objeto, a coisa em si, que se dá apenas à sensibilidade. Com isto, a coisa em si fica fora do pensar, como incognoscível. Daí a

⁹⁶ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 39.

⁹⁷ CHÂTELET, François. *Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 25.

⁹⁸ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013. p. 105.

⁹⁹ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 41.

insuficiência do entendimento, instrumento da crítica, que conclui pela impossibilidade de acesso aos objetos em si, deixando-os ao abandono da indeterminação: uma coisa é o pensar, outra o ser, sem mediações.

Ao contrário, Hegel, pretende partir exatamente daí para afirmar, contra os percalços da lógica transcendental insuficiente, uma lógica dialética, “a Lógica da razão e não do entendimento, a totalidade do real está na identidade universal de ser e pensar”.¹⁰⁰

Assim, se Kant dedica-se a encontrar a estrutura formal do conhecer, sem dedicar-se ao exame do objeto do pensar, limitando-se à esfera do sujeito, Hegel pretende a dedução das categorias do pensar enquanto pensar e, posto que há identidade de ser e pensar, sua lógica não será aquela que estuda as condições *a priori* do sujeito para pensar os objetos, mas sim aquela que busca “as determinações do próprio pensar e do próprio objeto que se dá no pensar”.¹⁰¹

Assim, os limites pensados por Kant, em relação ao entendimento que, ao se exercitar para além do sensível, produziria idéias sem conteúdo, fantasias, ilusões da razão são, para Hegel, o ponto de partida, em sentido positivo.

Ou seja, as contradições da razão, não são limites que conduzem a ilusões, a idéias sem conteúdo, mas descrevem a realidade tal como ela, de fato, é: contradição. Se a contradição pertence mesmo à essência das coisas, do mundo, a razão é “o lugar adequado de pensar a contradição das coisas, não o entendimento, até então usado para pensá-las na sua finitude”.¹⁰²

Por isto, mesmo reconhecendo que a razão tende a romper os limites da sensibilidade, a filosofia de Kant permanece como “filosofia do finito”, isto porque, mesmo considerando a possibilidade da recuperação da metafísica pela via da razão prática, ali mesmo, “o bem supremo postulado pela razão prática é um bem do sujeito, é apenas um

¹⁰⁰ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 41.

¹⁰¹ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 42.

¹⁰² SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 45.

dever-ser, possível, não algo que tem realidade” e, novamente, está a filosofia a se encerrar no sujeito.¹⁰³

Em passagem exemplar, pela clareza e sobriedade, Joaquim Carlos Salgado assim sumaria a trajetória do itinerário filosófico até a configuração do pensar de Hegel:

Pode-se tentar resumir o problema precedente à filosofia de Hegel do seguinte modo: a metafísica tradicional sabia da pensabilidade do absoluto, mas o pensar girava em torno do seu objeto. Descartes concebeu a identidade do ser e pensar do absoluto, dando ao pensar a posição de privilégio. Kant, por sua vez, na nova perspectiva aberta por Descartes, ao girar para o sujeito o pólo do conhecimento filosófico, cinde a unidade originária do *cogito* postulada por Descartes e instaura o dualismo no pensar filosófico entre ser e pensar. Cuida-se de pensar o pensar como instrumento do conhecer. Hegel quer recuperar, a um só tempo, o objetivo da metafísica clássica e o subjetivo de Descartes, o ser inefável ou indeterminado, mas cognoscível na forma do em-si, e do pensar limitado e determinado de Kant, ou a partir da cognoscibilidade finita oposta à incognoscibilidade do infinito, tanto do lado do ser como do pensar, chegar ao saber infinito do infinito, ao saber absoluto.¹⁰⁴

Assim, o desafio proposto a Hegel pelo itinerário filosófico anterior culminava no central problema da oposição à metafísica. A este desafio responde Hegel com a tentativa de restaurar a metafísica, como saber, ao conceber a identidade de ser e pensar, até pretender alcançar o saber absoluto.

Releva observar que, para tanto, Hegel concebe a experiência de maneira diversa de seus predecessores. Longe de encerrar a experiência à sensibilidade ou de reconhecer limites intransponíveis para a razão, Hegel, antes, defende que a experiência sensível, o dado imediato, é elevado pela mediação, negando-se o dado sensível, ao plano dialético da razão.

¹⁰³ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 53.

¹⁰⁴ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 55

Assim, articulam-se experiência sensível e experiência da razão, vez que o pensamento é dialético e supera a imediatidade do sensível, pela mediação do pensamento, já que “só o pensamento capta o significado das coisas, porque só ele significa as coisas”, aqui o *panlogismo* hegeliano.

Os dados brutos da experiência dos sentidos, dados imediatamente à percepção, somente significam pela mediação dialética da razão, vez que “o sensível não pode ter existência significativa ou consciente senão através do pensar”. O que permite concluir que “a experiência é o que está na consciência, ainda que não tenha sido captado diretamente pelos sentidos (experiência sensível). É, ainda, sempre, experiência da própria consciência”.¹⁰⁵

Como dito, posta a identidade de ser e pensar, a Lógica se apresenta como metafísica mas, recorde-se, como metafísica da razão, que substitui a metafísica do entendimento.¹⁰⁶ Isto porque, “no absoluto não há a dissociação entre o pensar e o ser. Entre o conceito e a realidade, própria da consideração do pensar finito, o entendimento. Mas esse pensar finito, o finito na presença do pensar dialético, contém em si a prova da presença efetiva do infinito, do ilimitado, de que o saber do limite só é possível se o ilimitado não está num além, mas do mesmo lado do limitado, a consciência em que ambos se dão”.¹⁰⁷

Então, firme-se, a Ideia, o desdobrar-se do absoluto, na história, ali mesmo comparece, como percurso histórico do Espírito, que assume figuras exemplares e necessárias, também no curso do itinerário filosófico da filosofia ocidental.

Eis porque há uma duplicidade de caminhos que conduzem à lógica.

¹⁰⁵ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 62-63.

¹⁰⁶ É como recorda o prof. Joaquim Carlos Salgado, como apoio em Lima Vaz. SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 56.

¹⁰⁷ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 63.

O primeiro “o caminho da história do Espírito objetivo, configurado na história da cultura, com seus momentos mais expressivos na metafísica e no Cristianismo, a filosofia do objeto e a filosofia do sujeito, com o que surge a necessidade do saber absoluto”.

O segundo, “o caminho do Espírito subjetivo, o da *Fenomenologia*, pelo qual o problema posto pelo Espírito objetivo na filosofia do tempo de Hegel é desenvolvido pelo filósofo, como experiência do sujeito, Hegel, o filósofo em que o espírito subjetivo revela a estrutura de si como consciência que se mostra como espírito no saber absoluto e em que o Espírito objetivo revela a sua estrutura como exigência do saber absoluto”.¹⁰⁸

Em qualquer caso, os caminhos rumam para a afirmação da lógica enquanto ciência que pensa o pensamento, de modo dialético, identificados o sujeito e o objeto do conhecer, isto porque, “no momento da razão é que se chega ao saber absoluto, no qual a diferença entre certeza do sujeito e verdade do objeto se superam no conceito de pensamento objetivo ou ideia”.¹⁰⁹

Percorrendo o itinerário histórico da filosofia ocidental, superando-se o dualismo nele presente, até a radicalização com Kant; bem assim percorrendo a ciência da experiência da consciência, a Fenomenologia, chega-se à Lógica, ciência do pensar e, porque ser e pensar são identificados, esta também se apresenta como ontologia, na coincidência dialética de conteúdo e forma, vez que o absoluto se mostra na filosofia, enquanto esta é pensar de si mesmo, é liberdade de autodeterminação.

4. Lógica dialética: seu início na exposição da inteligibilidade do ser e a coincidência entre matéria e forma do pensar

Repita-se, decisivo no pensamento de Hegel é a identidade de ser e pensar.¹¹⁰ Assim, o começo lógico da filosofia, para Hegel, outro não é senão aquele “em que o

¹⁰⁸ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 63.

¹⁰⁹ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 64.

¹¹⁰ Joaquim Carlos Salgado considera que a identidade entre ser e pensar constitui o ponto de partida de toda a filosofia hegeliana e que, neste sentido, Hegel segue a tradição do pensamento filosófico ocidental

pensar faz-se objeto de si mesmo”. E, vez que o real e o racional, são uma mesma coisa, ser e pensar se identificam, a lógica será, ainda, ontologia.

Não trata, então, a lógica unicamente das formas ou estruturas do conhecer, dedicando-se à forma do pensar, de maneira exclusiva, como lógica formal. Não trata a lógica, outrossim, do conteúdo do conhecer, da sua matéria, com exclusividade. Na Lógica forma e conteúdo coincidem, já que ser e pensar são idênticos.

A lógica, assim concebida, tanto tem por objeto a estrutura do pensar e, já que tudo que é se dá no pensamento, ao mesmo tempo deverá, também, estudar a estrutura do próprio real, “do sujeito e do objeto, os dois pólos do real (por Hegel denominado ideia)”.

Enfim, sendo a lógica ontologia, Hegel parte da exposição da inteligibilidade do ser, dirigindo-se, em seguida, à revelação da ideia. O ponto de partida é a tentativa de revelar a natureza inteligível do real.

Deste modo, como esclarece Joaquim Carlos Salgado, “se a lógica, porém, é uma ontologia que pretende, na experiência do ser, fazer revelar a estrutura inteligível do real, tem de partir da exposição dessa inteligibilidade para, no final, revelar-se como ideia ou estrutura do próprio pensar e do próprio ser. Inteligência e inteligibilidade têm a mesma estrutura, que apenas se mostra em momentos dialéticos diferentes; são idênticas”.¹¹¹

Como o revelar-se da ideia é processo histórico, caberá à *Ciência da Lógica* a repetição da estrutura do devir histórico da ideia, de seu movimento, do Espírito e, enquanto assim procede, primeiramente deverá ocupar-se da exposição da inteligibilidade do ser. O ser é, antes de tudo, o ser pensado que, ao se tornar objeto para si mesmo, conhece-se no processo histórico que preside seu autodesvelamento.

precisamente ao admitir que “a estrutura do ser é coincidente com a estrutura do pensar”. SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 84.

¹¹¹ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 78-79.

Ressalte-se que, com isto, Hegel pretende restaurar a metafísica como saber de reflexão, como ciência. Aliás, o sentido da Lógica, no pensamento de Hegel, aponta para o fato de que ela é “a um só tempo as leis do conteúdo (ontologia) e as leis do pensamento (lógica), uma vez que não há separação entre objeto e consciência, conteúdo e pensar”.¹¹²

De fato, a identidade entre ser e pensar se firma logo que se sabe que o objeto não se dá fora do pensamento, mas nele, e se assim é, deve-se ao fato de que o objeto não é estranho ao pensamento, mas assume a natureza do *pensar pensado*, ainda, do pensamento.

Este, evidencia-se, é o início da lógica: o ser, pensamento pensado, “superada a forma de apresentar-se à consciência como objeto”, se identifica como o pensar, é pensamento, em sua totalidade, cujo saber caberá à *Ciência da Lógica*, que é genuína filosofia, enquanto saber da totalidade.

Assim, é porque, pela *Fenomenologia*, se tornou possível a superação da separação entre sujeito e objeto, já que demonstrada a interiorização do objeto, no momento do saber absoluto, é que se torna possível a Ciência da Lógica, “na qual o objeto é totalmente interiorizado no pensamento”.¹¹³

O objetivismo do idealismo platônico, em que as ideias são entificadas; a crítica kantiana que aprisionara a razão nos limites da sensibilidade, num idealismo subjetivista, em que as limitadas competências do sujeito impedia o conhecimento do em-si das coisas; a intuição intelectual e/ou sentimento invocados pelos românticos como expressão do absoluto, em nenhum destes casos, o absoluto se apresenta na forma do pensado, do refletido, em que sabe sobre si. Em Hegel, o absoluto se apresenta na forma do saber, da reflexão sobre si, superando-se estas formas anteriores de compreensão da ideia.

¹¹² SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 91.

¹¹³ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 85. Neste particular, quanto à compreensão das relações entre a *Fenomenologia* e a *Ciência da Lógica*, expressamente, Joaquim Carlos Salgado, se remete aos ensinamentos de Lima Vaz.

O idealismo especulativo, levado a cabo por Hegel, pretende superar os dualismos, dentre eles um dos mais persistentes, que opõe o inteligível e o sensível, reformulando a posição inicial do filosofar, já pensada por Parmênides – a identidade de ser e pensar – em que, agora, “objetivo e subjetivo encontram unidade na nova equação dialética e especulativa do real e do racional, ou a unidade da identidade e da diferença. Ser e pensar são a substância que se conheceu, o pensar que se pensa: o absoluto”.¹¹⁴

O pensamento comparece aqui como a totalidade, vez que tudo que se dá a conhecer nele mesmo se dá e, por isto, não se pode por à prova o conhecimento senão no movimento mesmo do conhecer, assim como não se aprende a nadar sem lançar-se à água.¹¹⁵

Enfim, no pensamento, tudo se conforma, conteúdo e forma se identificam, na diferença. Por isto, a lógica é já filosofia e, neste sentido, toda a filosofia, de alguma forma antecipando o todo, ao confrontar-se com a negatividade da natureza, seu diverso, alienando-se, e ao voltar a si, o Espírito.

Em um movimento histórico dialético, superam-se as dicotomias, sujeito e objeto são entendidos como momentos, no pensamento. Ou seja, é porque o pensamento se coloca como objeto de si mesmo que se restaura a unidade de ser e pensar, mediatizada, refletida. A lógica há de ser assim, dialética, refletindo o movimento interno “em que a parte é, ao mesmo tempo, o todo, porque tem em si a sua negação. O pensamento como sujeito é toda a realidade do pensamento, portanto, também como sujeito”.¹¹⁶

O movimento é histórico, a ideia se desvela na história, a ideia lógica percorre figuras e se desdobra, no tempo, na história. A ideia, ainda, se exterioriza em seu outro, que é a natureza, mas que, porque parte e todo se identificam em um movimento dialético, é também já ideia. E, por fim, o movimento de superação da diferença, que é uma identidade,

¹¹⁴ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... pp. 82-83.

¹¹⁵ As metáforas hegelianas foram colhidas em SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 83.

¹¹⁶ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 77.

entre ideia e natureza, é o Espírito. A história “é o modo pelo qual o Espírito se manifesta e se desenvolve”.¹¹⁷

Este complexo movimento dialético, em que parte e todo se articulam como negatividade e superação da diferenças na identidade, culmina no Espírito absoluto. “No Espírito, a história é o próprio conteúdo que ganha suas formas lógicas até revelar-se no Espírito absoluto”. Assim, compreende-se porque se pode afirmar que a Lógica “é o estudo das formas da ideia na medida em que ela se dá conteúdo.”¹¹⁸

Há, na lógica, portanto, superação das distinções rígidas entre forma e conteúdo, “a forma é já totalmente o conteúdo, e o conteúdo a forma”. Forma é o *pensamento enquanto pensar* e conteúdo é o *pensamento enquanto pensado*, sabendo-se que tudo se dá no pensamento, coincidindo ali estes momentos, restaurando-se a unidade, cuja cisão mais pronunciada – a da forma e conteúdo - a história da filosofia do Ocidente denuncia e que, com Hegel, se quer ver reconciliada.

Porque o absoluto, pensar de si mesmo, se mostra na filosofia, sendo esta conhecimento da totalidade, esta deve se apresentar como sistema. Sistema dinâmico, como o está a exigir a dialética, o movimento do espírito. O sistema é silogístico, havendo trânsito entre conteúdo e forma e entre forma e conteúdo, “formando-se o todo que é um momento dentro de si mesmo”. No silogismo especulativo, “cada momento é mediação do todo e do outro momento e o todo é a mediação de cada momento”.¹¹⁹

No contexto da filosofia ocidental, Hegel, pretendeu erguer uma lógica especulativa, capaz de pensar o absoluto, não de forma vazia ou como limite reconhecido para além das possibilidades da razão, mas com conteúdo, firmada a possibilidade de a razão, efetivamente, pensar o absoluto, o infinito, por isto, é uma lógica infinito. Não do mau infinito, como indeterminação, mas do infinito que se mediatiza pelo finito e que, com isto, posta-se no âmbito do pensável, do cognoscível.

¹¹⁷ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 71.

¹¹⁸ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 71.

¹¹⁹ SALGADO, A ideia de Justiça em Hegel. Cit... p. 65-66.

Ressaltando as diferenças entre as tradições lógicas, bem se conclui que “nem a Lógica formal, meras regras instrumentais a aplicar ao conteúdo, nem a Lógica transcendental, puras formas categoriais universais sem o conteúdo, podem ser a lógica do pensar filosófico propriamente dito, considerada como lógica do próprio conteúdo, a Lógica especulativa”.¹²⁰

A Lógica, enquanto ciência do pensamento, tem início exatamente quando se verifica a coincidência do ser com o pensar, e será, neste caso, especulativa, porque “não mais se apresenta como determinações abstratas a serem aplicadas a conteúdos separadamente, instrumentalmente, mas uma Lógica que desenvolve as determinações do pensamento enquanto pensamento de um conteúdo coincidente. Esse conteúdo do pensamento objetivo é a verdade, o objeto absoluto da filosofia”.¹²¹

É próprio da razão lançar-se ao conhecimento do absoluto o que, para Hegel, é uma real possibilidade, isto porque, se o objeto, a coisa em si kantiana, é infinito, também o é, para Hegel, a razão, não havendo, portanto, uma limitação da razão para ocupar-se daquilo que Kant denominara *noumenon*.

O absoluto resguarda consonância com a razão, “à infinitude do objeto corresponde a infinitude do pensamento e vice-versa”.¹²² Eis porque há uma identidade entre Lógica e metafísica, já que as determinações do pensamento são também determinações do absoluto.

Por fim, a filosofia, enquanto saber da totalidade, apresenta-se na forma de sistema, que é a totalidade efetiva do pensar sobre a totalidade, é a totalidade do pensável sobre o absoluto. Neste sentido, toda a história da filosofia, enquanto momentos de compreensão da ideia na sua efetividade histórica, é já a Filosofia, constituindo-se como parte e, ao mesmo tempo, como o todo do sistema, numa relação dialética de necessidade em que partes e todo se imbricam, numa *relação de autodependência constitutiva necessária*.

¹²⁰ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 91.

¹²¹ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 96.

¹²² SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel*. Cit... p. 99.

Por isto, toda a história da filosofia, até Hegel, é a condição de possibilidade para o aparecimento de sua filosofia como sistema, ou seja, não houvesse a ideia se desenvolvido, tal como ocorreu no seu percurso histórico, não seria possível a Hegel, *revelar, como seu ponto de chegada, o saber absoluto do absoluto como ápice do filosofar.*

Deste modo, se a filosofia é reflexão sobre a história, a cultura no seu tempo, a filosofia de Hegel, como momento de chegada, envolve em si toda a filosofia precedente; é reflexão necessária (como resultado lógico) dos problemas e soluções propostos pelas filosofias anteriores...¹²³ O desenvolver-se histórico da ideia assume a forma do sistema.

A filosofia tem por objeto a totalidade do pensável e, por isto, o sistema filosófico hegeliano poderia assim ser apresentado: Lógica: a ideia, pensamento pensante, imediato; Filosofia da Natureza: a ideia (no seu outro), pensamento pensado, alienado; Filosofia do Espírito: a ideia no seu retorno a si, pensamento pensante mediatizado pelo pensamento pensado, em si e para si.¹²⁴

Na tentativa de esclarecer a natureza do sistema, no pensamento de Hegel, Giovanni Reale assim sumaria:

A ideia (que é o logos, a racionalidade pura e a subjetividade em sentido idealista) tem em si o princípio do seu próprio desenvolvimento e, em função dele, primeiro *se objetiva e se faz natureza, "alienando-se,* e depois, *superando essa alienação, retorna a si mesma.* Por isso, Hegel pode dizer perfeitamente que o espírito é a ideia que se realiza e se contempla por meio de seu próprio desenvolvimento. É compreensível, portanto, a tríplice distinção da filosofia hegeliana em: 1) *Lógica;* 2) *Filosofia da natureza;* 3) *Filosofia do espírito.* A primeira estuda a "ideia em si", a segunda o seu "alienar-se" e a terceira o momento do "retorno a si".¹²⁵

De forma ilustrativa, Giovanni Reale apresenta o seguinte resumo esquemático.

¹²³ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel.* Cit... p. 94.

¹²⁴ SALGADO, *A ideia de Justiça em Hegel.* Cit... p. 104. Neste particular, acerca da compreensão do sistema hegeliano, o prof. Salgado, expressamente, confere créditos à inspiração interpretativa de Lima Vaz.

¹²⁵ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia.* Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013. p. 104.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Vol 5. Do romantismo ao empiriocriticismo. São Paulo: Paulus, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.

**O MODELO SOCIAL DE PROCESSO: CONJECTURAS SOBRE SUAS ORIGENS,
DESENVOLVIMENTO E CRISE FRENTE AO NOVO PARADIGMA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**SOCIAL MODEL OF PROCESS: CONJECTURES ABOUT ITS ORIGINS,
DEVELOPMENT AND CRISIS FACING THE NEW PARADIGM OF
DEMOCRATIC RULE OF LAW**

Francisco Rabelo Dourado de Andrade¹²⁷
Guilherme Henrique Lage Faria¹²⁸

RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer um exame crítico-científico acerca do Modelo Social de Processo e suas repercussões ainda existentes no Direito Processual brasileiro. Pretende-se revisitar as principais teorias que tratam do socialismo processual e a busca pela superação das ideias liberais que defendiam a menor intervenção possível do Estado. Em tais estudos, destacam-se Anton Menger e Franz Klein, para quem o processo deveria ser estruturado de modo a oferecer uma participação mais intensa do juiz, dotado de valores sociais privilegiados, com amplos poderes para influir ativamente no accertamento dos fatos levados a seu conhecimento. Em sequência, será feito um percurso sobre a teoria do processo comorelação jurídica de Oskar von Bülow e a sua visão acerca do protagonismo judicial, que também repercute em uma atividade criadora do direito. Tais premissas serão confrontadas com o Modelo Constitucional de Processo em busca de uma efetiva ruptura com o socialismo processual, considerando-se que no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser exercida nos limites da lei e em observância das garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório, isonomia, ampla defesa e fundamentação dos atos decisórios.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo Social de Processo; Protagonismo judicial; Estado Democrático de Direito; Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT

This article aims to make a critical and scientific examination on the Social Process Model and its repercussions still existing in the Brazilian procedural law. We intend to revisit the major theories dealing with procedural socialism and the quest for overcoming the liberal

¹²⁷ Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas. Advogado militante. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3746242838238675>.

¹²⁸ Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas. Advogado militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783282353460188>.

ideas that championed the lowest possible state intervention. In such studies, we highlight Anton Menger and Franz Klein, for whom the process should be structured to provide a more intense participation of the judge, endowed with privileged social values, with broad powers to actively influence the ascertainment of the facts brought to its knowledge. In sequence, there will be a path on the theory of legal process comorelação Oskar von Bülow and his vision of the judicial role, which also resonates with a creative activity direito. Tais assumptions will be confronted with the Constitutional Model Processoem seeking an effective rupture with the procedural socialism, considering that the current paradigm of democratic rule of law, the function jurisdicional deve be exercised within the limits of the law and respects fundamental guarantees of due process, adversarial, equality, legal defense and justification of acts decision.

KEY-WORDS: Social Process Model; Judicial role; Rule of Law; Constitutional Process Model.

1. Introdução.

A partir da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, sobretudo em razão do disposto nos artigos 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma neste país, o Estado Democrático de Direito, além do estabelecimento de bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo¹²⁹.

Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador.

¹²⁹ André Del Negri esclarece que: “No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais”. (2009, p.101). Como afirma Marcelo Campos Galuppo, baseando-se na obra de Lênio Streck: “A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (STRECK, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo.” (2004, p.246).

A questão problemática se assenta justamente nessa resistência aos ganhos obtidos com o mencionado paradigma procedimental democrático, na medida em que a figura do juiz (agente público julgador) permanece atrelada ao dever de *fazer justiça* a partir de experiências pessoais, conhecimentos especializados, bom senso e prudente arbítrio na solução dos conflitos, vale dizer, como verdadeiro protagonista de um processo que ainda é concebido (incorretamente) como *instrumento* da jurisdição a serviço da paz social.

No presente artigo, far-se-á inicialmente um percurso sobre a superação da visão liberal do processo por um Modelo Social que idealizava o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos, dentro do qual o juiz se apresentaria como um canal de comunicação e expressão do sentimento da sociedade, dispondo de respaldo institucional para ser o protagonista com poderes privilegiados de direção e participação ativa no processo (ao contrário da passividade judicial idealizada pelos liberalistas).

Mais adiante, observar-se-á que Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador de processo, idealizou um modelo dissociado da lógica liberal que permitiu novos contornos para a superação das desigualdades geradas no processo. Essa busca de equilíbrio (igualdade) estaria a cargo do *juiz social*. Esse também era o pensamento de Franz Klein, que defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no iter procedimental no Direito Processual. Daí o acolhimento do processo como uma *instituição estatal de bem estar social* que deveria proporcionar à sociedade uma jurisdição célere, o que somente poderia ser alcançado no âmbito de uma técnica procedimental embasada no protagonismo decisório.

Estudar-se-á em tópico seguinte a Teoria do Processo como Relação Jurídica empreendida por Oskar von Bülow, jurista responsável pela autonomia do estudo do Direito Processual em relação ao Direito Privado ao defender o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, de modo que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios. Considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, cujas propostas serviram de base para o nacional-socialismo alemão, Bülow defendia o

protagonismo judicial não apenas na aplicação de uma norma já existente, mas também na própria criação do direito no caso concreto.

Desse modo, mostrar-se-á que a teoria de Bülow ofereceu suporte ao desenvolvimento do Modelo Social de Processo, sobretudo com relação à legitimação do controle social pela magistratura alemã e à adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito.

No capítulo seguinte, verificar-se-á se essas bases teórico-ideológicas deixadas por Bülow e pelo modelo socializador do processo ainda resistem frente à nova ordem constitucional de 1988, sobretudo no que concerne ao protagonismo conferido ao juiz no âmbito do processo jurisdicional.

Com isso, buscar-se-á um contraponto baseado no Modelo Constitucional de Processo, o qual impede que a função jurisdicional seja estudada, compreendida ou operacionalizada sem os direitos e garantias fundamentais oferecidos pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. Tal compreensão dará suporte às reflexões fornecidas ao final nesse estudo, de modo que, a partir dos resultados obtidos, concluir-se-á que a visão tradicional da doutrina merece revisão à luz desse novo modelo, sendo imprescindível a sua exposição à crítica científica.

Não há, pois, dúvidas quanto à necessidade de retomar este debate em níveis de uma processualidade democrática, sem interferência de ideologias ou doutrinas arcaicas que nada contribuem para o desenvolvimento do Direito Processual e, conseqüentemente, para a sociedade.

2. O Modelo Social de Processo e a superação do Liberalismo Processual.

2.1 Da ideologia de Anton Menger à técnica legislativa de Franz Klein.

No final do século XIX surgiram concepções da jurisdição como expressão da soberania, pautadas em inovações radicais do pensamento jurídico-processual. Neste período, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo (liberalismo processual)¹³⁰ para uma visão socializadora (socialização processual), a qual passara a idealizar o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesse ou de aplicação mecânica do direito ao caso concreto.

Na esteira desse entendimento que surgia, a construção interna do processo passou a posicionar-se não mais sobre a ordem isonômica, mas sim sobre uma “ordem assimétrica”, vez que se encontra baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática (PICARDI *apud* NUNES, 2008, p.16).

Verificou-se assim uma tendência de desvalorizar o papel do contraditório, pautando a resolução jurisdicional no senso inato de justiça do decisor, uma vez que, neste cenário, segundo Nicola Picardi (PICARDI *apud* NUNES, 2008, p.16), tinha-se a certeza de que a verdade, não mais “provável”, porém “absoluta”, poderia, então, ser alcançada pelo juiz, mesmo que fora da estrutura do contraditório. Com efeito, o juiz foi munido de poderes adequados e acabou por assumir a condução de um processo fundamentado sobre a autoridade e a hierarquia.

Os adeptos desse modelo processual acreditam que o juiz ativo funcionaria como verdadeiro canal de comunicação entre carga axiológica da sociedade em que vive e as normas jurídicas (DINAMARCO, 2001), sendo o julgador o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum, em um verdadeiro ideal monológico que assegura ao juiz um “privilégio cognitivo” na formação do provimento de resolução dos conflitos a ele submetidos.

¹³⁰Com base na concepção liberal de Estado, delineavam-se sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais, quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz. O processo, nessa perspectiva privatística, delineava-se como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes. Nessa perspectiva estatal, os indivíduos eram entendidos, pelo menos no campo ideológico, como soberanos na gestão de seus interesses. Essa soberania, segundo Damaska, implica que a parte seja reconhecida como senhora da própria lide (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, a maioria dos casos até escolhendo a forma do processo. (DAMASKA *apud* NUNES, 2008, p. 74).

Para Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 48) o processo que, durante o liberalismo processual, foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt de ser jogo ou guerra entre advogados que possuíssem maior esperteza, volta a sê-lo a partir da credulidade na ideia salvacionista do órgão julgador, pois esse, atuando e obtendo respaldo institucional de “protagonismo”, poderá construir provimentos solitariamente, sem a influência dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem a chancela técnica do processo, uma vez que a busca pela rapidez procedimental conduziria à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e avalizam o solipsismo judicial.

Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de uma proposta de bem-estar (WelfareState) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito. O cidadão – proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional Federal Alemã) bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001. p.59).

Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador de processo, salienta que o socialismo jurídico critica a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de inúmeros institutos jurídico-processuais.

Menger fora considerado um grande crítico dos ideais liberais, especialmente no que diz respeito à complicação do aparato jurisdicional e à passividade judicial, devido ao fato de que, na luta de classes, para Menger, os ricos sempre eram privilegiados ao se tomar por base a ótica da igualdade formal. (MENGER *apud* NUNES, 2008, p. 80).

Assim, segundo Dierle Nunes (2008, p. 80), Menger propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial. Caberia

ao juiz a assunção de um duplo papel: **a)** de *educador*: extraprocessualmente, este deveria instruir os cidadãos acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-los na defesa de seus direitos; **b)** de *representante dos pobres*: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade do princípio dispositivo¹³¹, assumir a representação da classe mais pobre.

Acerca deste segundo papel enumerado por Nunes, Menger defendia que:

[...] quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de se fazer representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre. (MENGER *apud* NUNES, 2008, p. 80).

Dessa forma, para Menger, o juiz, no paradigma do Estado Social, para evitar as desigualdades ocorridas durante a égide do modelo liberal de processo, assumiria uma postura compensadora dos déficits de igualdade material das partes, na verdadeira acepção do termo “juiz social”.

As ideias preconizadas por Menger foram de extrema influência na moldagem da primeira legislação socializadora, a saber, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, a famosa ÖZPO de Franz Klein, aluno de Anton Menger.

Klein defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no iter procedimental, alegando que:

[...] as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz os fatos [Sachverhalt] do litígio [Stritfall], porque ele não sabe absolutamente nada da questão até a ação. Mas se isso é entendido de modo que o juiz não tenha qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido nas alegações e provas, deixa-se que as partes cuidem quase exclusivamente disso e o juiz somente julgue precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica assim compreendida, isto é,

¹³¹O princípio dispositivo liga-se a um poder monopolístico da parte de deduzir em juízo. Do referido princípio se extrai o veto ao juiz de instaurar ou manifestar-se de ofício no processo, ou seja, independentemente da provocação das partes. O juiz nessa perspectiva apresentava-se como um espectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações que as envolviam.

como é de se supor, altamente indesejável não só para os particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 83).

Em consonância com o pensamento de Menger, Klein alega que o julgador deveria auxiliar as partes na busca do clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento. (NUNES, 2008, p.83)

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti afirma que o processo passa a ser visto assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem estar social” para a busca da pacificação dos conflitos sociais. (CAPPELLETTI *apud* NUNES, 2008, p.83).

Prosseguindo nas palavras de Klein, traduzido por Nunes:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim, como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 83-84).

A postura defendida por Klein se dava em razão de inúmeros fatores, dentre os quais se encontram as novas técnicas legislativas de elaboração das leis com a adoção de conceitos indeterminados.

As normas jurídicas que o julgador aplica no caso a ele submetido compõem-se em parte de conceitos estreitos (determinados) e em parte de conceitos amplos (indeterminados), os quais o legislador, via de regra, utiliza não a seu bel prazer, mas sim, em virtude da finalidade da legislação. É cada vez mais frequente nos depararmos com conceitos amplos, gerais, pobres de substância, que são descritos meramente em seus contornos. Mediante a utilização desta técnica, para Klein:

A legislação se contenta com a metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas abordadas de tais indícios

fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga. (KLEIN*apud* NUNES, 2008, p. 84-85).

Tal situação aponta o verdadeiro intuito de Klein, o qual, respaldado nas ideias de Menger, buscava afastar a problemática da demora exacerbada das demandas provenientes do modelo liberal de processo por intermédio de uma jurisdição célere, estruturando um modelo técnico de procedimento oral em que se atribuiu um reforço dos poderes do juiz, o qual deverá participar mais intensamente da direção do processo e, respaldado na prioridade da função social deste, terá o dever de influir mais ativamente no accertamento dos fatos levados a seu conhecimento.

Delineiam-se, assim, as bases para uma avaliação socioeconômica (e principalmente política) do conflito deduzido em juízo como problema social que deveria ser resolvido através do exercício de uma jurisdição salvadora, a qual, conforme acima narrado, deveria ofertar aos cidadãos um método rápido de resolução dos litígios, instituindo-se, de forma gradativa, no âmbito processual moderno a implementação do discurso do protagonismo judicial.¹³²

2.2 O Protagonismo Decisório, a Livre Interpretação da Lei e o Fortalecimento da Ideologia Nacional-Socialista.

Dierle Nunes, respaldado na doutrina de Fritz Baur e Nicolo Trocker, afirma que a primeira legislação processual liberal a sofrer a ressonância do movimento “socializador” de Klein foi a ZPO alemã de 1877, a qual, na reforma de 1924, buscou um reforço dos poderes judiciais de direção formal e material do processo, retirando, via de consequência, o controle dos prazos processuais das partes, e, posteriormente em 1933, em pleno regime nazista, buscava através da reforma, segundo o discurso legislativo, uma justiça rápida e

¹³²Segundo Mauro Cappelletti: “A grande inovação proporcionada pelo código austríaco foi a acentuação da função ativa do juiz, uma função entendida seja para assegurar a ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da igualdade efetiva das partes no processo.” (CAPPELLETTI*apud* NUNES, 2008, p. 86).

mais próxima das exigências do povo, partindo da ideia de que a função jurisdicional não servia somente às partes, mas primeiramente à segurança jurídica da coletividade. (2008, p. 89).

Impunha-se assim, no âmbito do discurso legislativo alemão, a socialização processual idealizada por Menger, com a implementação, no campo da técnica procedimental, do protagonismo decisório. Urge ressaltar que, para Ingeborg Maus (2000) a referida postura encontrou grande respaldo na Alemanha nazista.

Na concepção de Maus, o juiz alemão passa a ser, dessa forma, o protetor dos valores do regime nazista inculcados no povo e aniquilador dos fatos e valores contrários de um povo doente.¹³³ Com efeito, o juiz alemão se comportava como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer.

Assim, o juiz teria o dever de reconhecer e aplicar toda lei que entrasse em vigência pela vontade de Hitler, entretanto, deveria aplicá-la em consonância com o espírito do povo alemão externado na figura do Führer, ou seja, de acordo com sua vontade jurídica.

Neste sentido, Ernesto Garzón Valdés afirma que:

O recurso à chamada “ordem concreta” facilitava a adequação às novas concepções valorativas do nacional-socialismo: justamente as “ordens concretas” suprapositivas (metajurídicas) deviam jogar uma função corretora do direito legislado e servir para a “renovação” do direito vigente. E, assim, foi possível

¹³³As exigências formuladas perante a justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista - que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol das determinações “superiores” – foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporta no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de “total fidelidade” a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19/03/1933. “O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...] sempre decidiu segundo a lei e sua consciência. Oxalá possa a grande tarefa de construção do estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união”. Assim é que a ciência jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consciente, que o nacional-socialismo tenha construído um “sistema de valores unitário”, o qual encerrou a anterior concorrência social de sistema de valores diferenciados, tratando esse ato como uma conformação das funções da justiça antes de 1933. Essa “integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores, seria capaz de inculcar, por meio de uma atitude nacional conservadora, uma boa dose saudável de sentimento popular em um povo doente.” (MAUS, 2000, p. 196-197).

abandonar os valores individualistas e liberais do, por exemplo, Código Civil, e adaptá-lo à concepção racista do nacional-socialismo, sem necessidade de novas intervenções do legislador. Quão longe chegou esta reinterpretação das disposições vigentes através da inclusão de ideologias suprapositivas e das intenções de inferir valores a partir da realidade “vital e concreta” ilustrou, com todo detalhe BerndRüthers em sua já clássica obra sobre a “interpretação ilimitada”. [...] A necessidade de abandonar o formalismo e assegurar um direito “concreto” foi exposta, desde logo, não só pelos juristas mas também pelos condutores do nacional-socialismo. Será necessário, dizia Hitler, que o direito seja valorizado novamente, não segundo o “critério de pensamento liberal, mas de acordo com as pautas dadas pela natureza. (VALDÉS *apud* NUNES, 2008, p. 93).

Para Dierle Nunes (2008, p. 93), a proximidade do pensamento dos autores do período nazista de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformes compartilhados, de algumas ideias, ditas contemporâneas¹³⁴, de um juiz engenheiro social, que atua como canal dos valores da sociedade, é no mínimo preocupante, quando se recorda o que a magistratura nazista realizou neste período, conduzindo à reflexão se tal concepção pode ser realmente nomeada de democrática.

Com assento nessas premissas, a velocidade com que se obtém a decisão judicial se vincula de forma não tematizada com os critérios de legitimação decisória, principalmente no que tange ao respeito à norma posta, fazendo com que os estudiosos do Modelo Social de Processo sustentassem a ideia de que o importante para sociedade é a solução rápida dos conflitos por um juiz dotado de valores sociais privilegiados¹³⁵, o que implica afirmar, ainda que de forma indireta, que, assim como o tempo necessário à produção da decisão judicial, o tempo de produção da norma pelo legislativo representaria um malefício, uma vez que é exatamente o tempo de produção legislativa que se apresenta, nessa perspectiva, como obstáculo permanente a adaptação da lei a realidade social.

¹³⁴Cândido Rangel Dinamarco aduz que: “A segurança dos litigantes, cultivada pelo *dueprocess*, na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-Juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento, ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um processo de feição humana, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo.” (DINAMARCO, 2004. p. 15).

¹³⁵Nesse sentido encontram-se as conclusões da dogmática majoritária brasileira da Escola Instrumentalista do Processo, segundo as quais o processo é mero instrumento da jurisdição na consecução de escopos metajurídicos, com a supressão do tempo discursivo-procedimental em prol da rapidez da decisão.

No entanto, o problema de aceitação desse modelo de processo se evidencia com a percepção de um pluralismo cultural, juntamente com a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional sobre os valores fundamentais, os quais são requisitos indissociáveis da construção democrática, de modo que a atribuição única de concepção e interpretação de uma suposta ordem concreta de valores a um ser de cognição privilegiada (juiz) apenas serviu para fortalecer a concepção estatal vigente na Alemanha Nazista, não podendo ser sequer aceita fora deste modelo de Estado. (HABERMAS *apud* NUNES, 2008, p. 48).

Com efeito, fica claro que a adoção de argumentos externos ao direito na implementação das bases axiológicas sociais convergentes pela magistratura só poderia ser sustentada sobre as premissas do Estado Social, haja vista que esta apenas se efetivaria com a supressão dos tempos discursivos-argumentativos do procedimento, oportunizadores da formação do provimento pelos destinatários das decisões, evidencializando sua inexorável impossibilidade de defesa e adoção no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.3 A Teoria do Processo como Relação Jurídica e o Paradoxo de Bülow

Conjuntamente à técnica legislativa de reforço do papel do juiz empreendida por Klein, surgia, no âmbito doutrinário na Alemanha, uma linha teórica que, segundo a grande maioria da doutrina existente, deu origem à autonomia do estudo do direito processual.

De acordo com a concepção de Oskar von Bülow:

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, ou seja, uma relação jurídica. [...] Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo de cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, enquanto relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p. 99-100).

Contudo, segundo a perspectiva de Bülow, a autonomia da relação jurídica do processo não havia sido adequadamente trabalhada, mostrando-se salutar a necessidade de reconstruir todos os estudos que haviam sido desenvolvidos a respeito das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões.

Diante das bases apresentadas, Bülow estruturou a autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, uma vez que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios, o qual era emanado de seu “senso inato de justiça”, em verdadeiro culto ao protagonismo judicial.

Entretanto, embora Bülow tenha sido precursor da autonomia da ciência processual, demonstrando que o processo não se confundia com o direito debatido entre as partes, adotou este, conforme acima narrado, o modelo da relação jurídica oriundo de um enfoque privatístico do direito, mantendo-se a questão do vínculo de subordinação entre as partes do processo, perspectiva essa típica do modelo privatístico de processo que o antecederia, e que este buscava contrapor.

De acordo com Bülow, o processo não fora concebido como meio de controle dos atos do estado, e principalmente do juiz, mas como técnica de atuação dos juízes em relação ao reforço das convicções axiológicas do Estado alemão.

No entanto, o que Bülow buscava, desde 1868, era oferecer uma saída para o “formalismo” (forte característica do modelo liberal de processo) que havia se desenvolvido na Escola Histórica do Direito alemã pela Jurisprudência dos Conceitos, fundamentando teoricamente a necessidade de aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais. (LEAL, 2008, p.45)

Dierle Nunes, por outro lado, salienta que a defesa do aludido protagonismo judicial de Bülow somente se apresenta de modo indiscutível em sua obra de 1885,

GesetzundRichteramt (Lei e função judicial), publicada cinco anos antes da obra de Menger. (2008, p.100).

Para Karl Larenz (1997), Bülow pode ser considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, em cujas propostas lançou bases ulteriormente para o nacional-socialismo (conforme narrado no tópico antecedente). Nas palavras do autor:

A ideia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o direito; é “somente uma preocupação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica”. Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para o que não existe ainda pronta na lei determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei”. Sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei” oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média mais justa”. Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjetivo, por ventura do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “Teoria Pura do Direito Livre”- e formam-no, realmente, tanto num como noutro sentido. (LARENZ, 1997. p. 78).

Larenz, conforme acima transcrito, adverte que a Escola do Direito Livre possuía como característica basilar a ideia de que não poderia haver determinação jurídica pronta na lei para cada problema em particular, tendo em vista a existência de um “véu ilusório” decorrente de uma pluralidade de significações do texto normativo a impedir um pronto acesso à solução almejada.

Portanto, a proposta do Direito Livre centra-se justamente na forma pela qual essa pluralidade de interpretações deve ser resolvida: a saída encontrada é acentuar o “primado da vontade, do sentimento ou da intuição”. (LARENZ, 1997. p. 79).

Segundo André Cordeiro Leal, nesse mesmo ambiente histórico em que Bülow colocava em xeque a validade da Jurisprudência dos Conceitos, surge também ainda de forma embrionária, e com objetivos semelhantes às propostas bülowianas, o que se

denominou posteriormente de Jurisprudência dos Interesses, cujas bases foram formuladas por Rudolf Von Jhering e desenvolvidas por Heck. (2008, p.46).

Diante dessa perspectiva, André-Jean Arnaud e María Farias Dulce estabelecem interessante entrelaçamento teórico entre as obras de Bülow e Jhering. Ao abordarem a importância de Bülow para o surgimento da Escola do Direito Livre, afirmam os autores, a respeito de Jhering que:

A interessenjurisprudenz (jurisprudência dos Interesses, final do século XIX e início do XX), outra corrente crítica ante o “formalismo conceitual” é considerada, também, como já se mencionou, como precursora na Alemanha, do Movimento do Direito Livre. Ao aderir ao positivismo não normativo, esta corrente visou a dar o primeiro passo em direção à sociologização do pensamento jurídico por meio de sua crítica à *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos) e ao excesso de formalismo conceitual e do uso da lógica no desenvolvimento do método jurídico. Rudolf Von Jhering (1818-1892) foi quem a iniciou, durante o período que se chama de segunda etapa do pensamento, fase esta dominada pelo princípio da jurisprudência prática. (ARNAUD; DULCE, 2000, p.75).

A intenção de Jhering era a de destacar a importância que a decisão judicial e o trabalho dos juízes têm para o direito, tratando-se, puramente, da implementação de regras para o manejo do poder estatal de coerção. Para André Leal, “as ideias que Jhering havia desenvolvido em *A Finalidade do Direito* parecem mesmo dar a Bülow contribuições inafastáveis sobre o que seja o direito e, principalmente, sobre o seu aspecto coercitivo, que é aquele que o próprio Jhering considerava o mais importante.” (2008, p. 50).

Bülow se aproveita da obra de Jhering justamente no cerne em que direito e poder se equiparam. Assim, as cogitações de Bülow sobre o processo centram-se no poder que deve se dar à magistratura diante de sua imensa importância na construção do direito. Com efeito, o processo deveria servir apenas como meio apto a legitimar as pré-concepções privilegiadas do juiz.

Não obstante a aproximação das perspectivas teóricas do Movimento do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses, a resposta de Bülow ao problema da decisão jurídica, pautada na supervalorização do Estado na figura do Juiz, encontra no sentimento e

papel do decisor a resposta às necessidades práticas que o direito deveria fornecer à sociedade. Nesse sentido, Larenz leciona que:

A intervenção do conhecimento na atividade interpretativa e judicativa vai realmente muito além da lógica. Essa noção, que transcende o conceito positivista de ciência, coloca a jurisprudência dos Interesses em vantagens sobre a “teoria do Direito Livre”. Com razão repetiram os seus adeptos, acentuando-o enfaticamente, que a sua doutrina era substancialmente distinta do “Movimento do Direito Livre”, pois, salvo raras exceções, viam a investigação do direito pelo juiz como dirigida por ponderações racionais. Em vez da dedução lógico-formal, coloca a Jurisprudência dos Interesses não a vontade ou sentimento, mas a investigação dos interesses e a apreciação desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei. Por isso, reserva ao juiz, sem dúvida, uma margem de decisão maior, mas nenhuma liberdade de decidir guiada apenas no sentimento. (1997, p. 82).

Verifica-se que Bülow, calcado na ideia do protagonismo judicial, buscava uma aplicação livre e subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam realizar a função judicante com sabedoria e sensibilidade vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a Lei somente iniciou.” (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p. 101).

O juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, protagonista do processo que cria o direito mesmo contrariamente à legislação em vigor, para quem:

O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Essa conseqüência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei. (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p.102).

André Leal aduz que o jurista alemão, da mesma forma que “aquele trabalho realizado de maneira assídua, livre e meticulosa, de orientação nobre do direito dos tribunais conduzida por uma jurisprudência genial” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p.54) tinha dado suporte a Roma, também o direito alemão devia sua transformação, ao longo de sua história, ao trabalho e à contribuição criadora da magistratura, principalmente quando da recepção do direito romano – daí o motivo pelo qual deveria ser mantida, também na época em que Bülow escrevia, a perspectiva que ressalta a importância dos tribunais.

Bülow justifica que, tendo em vista a fragmentação do poder na Alemanha, a partir do século XIII, a qual conduzia ao risco de uma anomia total, a recepção só se empreendera e se tornara possível pelo trabalho salvador do magistrado, o qual buscava, através de suas perspectivas axiológicas privilegiadas, o resgate da nação alemã da referida anomia em que se lançara.¹³⁶

Tornam-se, portanto, cristalinos os motivos pelos quais a teoria processual desenvolvida por Bülow não poderia ser a mesma abordada pelas perspectivas processuais anteriores (privatísticas), mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser totalmente controladas pelo juiz, através dos vínculos de subordinação (elementos inerentes ao Modelo Social de Processo calcado em bases imanentistas do direito).

O comando da relação processual pelo juiz permitiria o controle de todo o direito vigente, haja vista a possibilidade de criação de normas através da decisão judicial, fazendo com que somente a relação jurídica processual, pautada na subordinação nela pressuposta (a qual reduzia as partes a meros “colaboradores” do juízo na formação do provimento) poderia dar sustentação a este projeto.

Por esses motivos, André Leal entende ser possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador. (2008, p.60).

¹³⁶ Em interessante passagem de sua obra, Bülow assim afirmou: “Nesse sentido, posso me devotar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não disse muito do que os outros, mesmo que silentes, também entenderam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão!” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p. 59).

Conforme anteriormente advertido por Larenz, Bülow não se preocupou em explicar como poderia ser controlada essa atividade jurisdicional criadora de um direito, o qual era, via de regra, “sentimental” ou “emocional”¹³⁷.

André Leal (2008, p. 65) aduz que é exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o *Paradoxo de Bülow*. Isso porque

Toda a tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo. (LEAL, 2008. p. 64-65).

Assim sendo, resta manifesto que a intenção da obra de Bülow não fora a de fornecer critérios para implementação de meios de controle sobre a atividade dos juízes, pelo contrário, o propósito de Bülow foi o de apresentar fundamentos histórico-sociológicos autorizativos da legitimação do controle social pela magistratura alemã e de justificar, a partir dessas premissas, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito (em consonância com a concepção liberal de processo) que buscava contrapor, municiando, dessa forma, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados Romanos.

Em Bülow, via de conseqüência, a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do provimento decisório ao qual irão se submeter são suplantadas por uma postura de superioridade do julgador em relação a elas, uma vez que o contraditório é

¹³⁷ André Leal, invocando as palavras de Bülow em nota de rodapé, ressalta que “[...] quando se tem em vista que Bülow reconhece e elogia a possibilidade de disparidade entre o texto legal e o conteúdo da decisão: ‘Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. [...] Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!’”(BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p. 60-61).

relegado a mero elemento formal validador de uma jurisdição monolítico-salvacionista exercida pelo agente estatal instituído da função judicante, o qual possuía um “saber privilegiado”, assumindo as partes o papel de meros colaboradores do julgador na formação da decisão.

De acordo com André Leal, a atribuição de escopos metajurídicos¹³⁸ à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável, criando uma fronteira móvel de aplicação do direito em que este estará autorizado a fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando-o na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar ao de decretação do Estado de Exceção Shmittiano. (2008. p. 32-33).

Contudo, contemporaneamente a Bülow, Adolf Wach, um dos precursores do denominado processualismo científico, cujas ideias despontaram na Alemanha na segunda metade do século XIX, já ressaltava a importância do contraditório ante o caráter dialético do processo, ressaltando que sua finalidade atendia ao interesse das duas partes do litígio, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto do sustentado pelo réu, apontando a fragilidade da ideia de contraditório defendida por Bülow. (DIAS, 2012, p.96).

Posteriormente, a partir de 1958, na Itália com Elio Fazzalari, e no Brasil com José Alfredo de Oliveira Baracho em 1984 e Aroldo Plínio Gonçalves em 1992, a teoria de Bülow passou a sofrer ferrenhas críticas¹³⁹ em seu ponto mais discutível, qual seja a

¹³⁸ Atividade decisional que visa ao atendimento de fins sociais, políticos e econômicos. A esse respeito, André Leal afirma que o “entrelaçamento da teoria do processo como relação jurídica com o insuficiente paradigma do Estado Social leva vários desses autores a examinar o processo como relação jurídica desenvolvida entre partes, que se encontra à disposição do Estado, ao atendimento de interesses públicos de origem extralegal (escopos metajurídicos)”. (2002, p. 82).

¹³⁹ No entanto, em importante estudo sobre o percurso histórico-teórico do Processo Constitucional, Dhenis Madeira leciona que o movimento científico de abandono dos modelos liberal e social de Processo se iniciou na América (e não Europa, como pensam alguns juristas), tendo sido claramente percebido ao final e, com mais vigor, logo após a Segunda Guerra Mundial. Para o referido Professor, “o processualista uruguaio Eduardo Juan Couture Etcheverry, mais conhecido como Eduardo J. Couture (1904-1956), foi quem, em plena Segunda Guerra, ministrou, nos anos de 1943 e 1944, um curso em algumas universidades americanas sobre o (então) inovador tema das ‘garantias constitucionais do processo civil’”. Segundo Fix-Zamudio, esse

implementação de um protagonismo judicial que conduz ao solipsismo e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionamento do sistema jurídico.¹⁴⁰

Importante destacar que Fazzalari (2006) contribuiu pioneiramente para o direito processual ao apresentar uma nova concepção de processo e procedimento, pois, em sua teoria:

[...] o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanção do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’; faz-se mais articulado e complexo, e do genus ‘procedimento’ é possível extrair a species ‘processo’. Existe o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Assim sendo, considerando que Bülow não se alinhava à concepção científica de processo como procedimento em contraditório, no qual as partes deveriam participar em simétrica paridade no *iter* procedimental de formação decisória, bem como não visualizava o processo como meio de controle da atividade jurisdicional, mas meramente como instrumento de viabilização hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura, o aproveitamento de sua teoria resta manifestamente prejudicado em paradigmas que não se alinhem ao Modelo de Estado Social, no qual o Movimento do Direito Livre cunhava suas bases. O processualista alemão “criara uma ‘ciência’ que se destinava à instrumentalização da atividade dos juízes e não à asseguuração de legitimidade

curso, que deu origem a um texto publicado em 1946, marcou o início dos estudos do Direito Constitucional Processual. (2013, p. 17).

¹⁴⁰ Importante observar que já em 1948 Couture fazia uma crítica contundente ao enfoque do juiz como Führer do processo, para quem “[...] este princípio do povo como comunidade vivente, que necessita de um intérprete, levou àquilo que se costuma chamar “doutrina do Führerprinzip”, segundo a qual o juiz é o Führer dentro do processo. Essa doutrina, no entanto, que parecia destinada a triunfar, não pode suportar alguns embates fundamentais. Um deles por exemplo, o de que não pode haver na Alemanha tantos Führer fiéis intérpretes do direito.” (COUTURE *apud* LEAL, 2008, p. 64).

da decisão fora do Estado Social, a ‘ciência’ bülowiana do processo acaba se transformando num elemento inútil. (LEAL, 2008. p. 65).

Consectário ao exposto, percebe-se que o deslocamento do eixo de formação decisória das partes (Liberalismo Processual) para o Juiz (Socialismo Processual), dando ilimitado poder de criação do direito a magistratura, para que esta decidisse ainda que de forma totalmente contrária a legislação posta, respaldando a validade da decisão no senso inato de justiça do julgador, o qual possuía uma concepção axiológica social privilegiada (protagonismo judicial), carece claramente de legitimidade quando analisada sob as bases principiológico-constitucionais do Estado Democrático de Direito, haja vista que o processo neste paradigma procedimental garante às partes a possibilidade de atuar de decisivamente na formação dos provimentos jurisdicionais aos quais irão se submeter.

3. O Modelo Constitucional de Processo como avanço teórico-discursivo para um (efetivo) rompimento com o socialismo processual. Fundamentos basilares para o correto e devido exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Exame de renomada doutrina nacional demonstra que a herança bülowiana ainda resiste, mesmo com novos contornos acerca da defesa do protagonismo judicial e de uma desvinculação do juiz ao princípio da reserva legal, como é o caso de Eduardo Cambi, ao afirmar que, em países de modernidade tardia como o Brasil, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições contrárias à não interferência judicial nos processos jurisdicionais, “menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.” (2009, p.181-182).

Com isso, a legitimidade do Judiciário para tutelar os direitos fundamentais e, “inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria” (CAMBI, 2009, p.280), estando, pois, baseada no sentido substancial da noção de democracia, cabendo ao juiz a tutela

constitucional dos direitos fundamentais. Deste modo, “a legitimidade democrática do Poder Judiciário se convalida independentemente do sistema eleitoral.” (CAMBI, 2009, p.280).

Ao tratar da implementação de políticas públicas mediante a intervenção do Judiciário, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam, com base em Damaska (2000)¹⁴¹, que

[...] ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente ‘politização da Justiça’, entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas. (2011, p.41).

Em questionável afirmação, Cambi afirma que, “se a Constituição não proíbe ou não ordena algo, ou seja, não traz uma única resposta correta (objetiva) para determinado problema, é porque confiou na *discricionarietà* dos operadores jurídicos; ou melhor, deixou *margens de ação* abertas aos legisladores ordinários e aos juízes.” (2009, p.271). Além de afirmar que a Constituição de 1988 atribuiu poderes discricionários aos juízes, o mesmo autor olvidou-se do princípio constitucional da reserva legal ao sustentar que:

O positivismo jurídico e o formalismo processual têm dificuldade de resolver os *casos difíceis*, porque, não havendo uma regra clara, estabelecida de antemão, o juiz teria o *poder discricionário* de decidir do melhor modo que lhe parecesse. Com isto, o juiz não estaria adstrito a um padrão normativo prévio e, conseqüentemente, ficaria liberado para a formação do juízo. (CAMBI, 2009, p.274).

Ainda sobre o Poder Judiciário e a sua atividade criativa do direito, Zaneti Jr. lembra a doutrina de Piero Calamandrei, para quem o juiz da democracia seria aquele ser engajado que não estaria limitado à letra fria da lei. Por isso afirma que

¹⁴¹Didier Jr. e Zaneti Jr. incorreram em certo equívoco ao tratarem do processo como mecanismo de solução de conflitos e do processo como meio de implementação de políticas, como se ambos representassem o mesmo fenômeno abordado por Mirjan Damaska em sua obra. É importante observar que o autor croata, no livro *Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado*, limitou-se a pesquisar as estruturas de poder e os tipos de justiça, quais sejam os modelos europeus do processo como resolução de conflitos e do processo como implementação de políticas e seus respectivos entrelaçamentos com os sistemas judiciais hierárquicos e paritários. Não há, nos estudos de Damaska (2000), uma junção entre o ativismo e a resolução de conflitos no processo, embora no direito brasileiro, pelas linhas acima apontadas, ambos justificam o mesmo fenômeno do ativismo judiciário.

[...] o juiz exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária e, mais de tudo, característica do novo modelo do direito que se forma no pós-positivismo. Portanto, na concreção da norma específica, atua como político, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade) advindos da sua sensibilidade de humanidade, sempre dentro do ordenamento constitucional e jurídico posto vinculado ao problema. (ZANETI JR., 2014, p. 176).

Mais adiante, o autor relembra a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e sua concepção de decisão judicial como sendo uma continuação do processo legislativo (criação da norma jurídica), concluindo que “o gênio do positivismo jurídico não rechaça a tese da moldura constitucional, mas admite, na inspirada passagem, o arejamento da lei pelo caso concreto e a ‘constância da atividade criadora da norma’”. (ZANETI JR., 2014, p. 117).

Tais posicionamentos, não obstante suas divergências em alguns pontos, possuem a mesma base ideológica (ainda) vinculada ao Modelo Social do Processo, embora se digam contemporâneas¹⁴², pois ainda insistem na concentração de toda a atividade processual na figura diretora e solipsista do juiz, confiando-lhe o dever solucionar os conflitos com base em conhecimentos especializados, experiências pessoais, senso de justiça e poderes discricionários¹⁴³ no âmbito do processo. Não se discute nessas linhas o

¹⁴²A esse respeito, André Leal observa que, “não obstante as inúmeras mudanças pelas quais passou essa teoria, até hoje vários autores da doutrina brasileira ainda adotam, sem as necessárias ressalvas, o conceito de processo traçado por Bülow” (2002, p.82). No mesmo sentido, André Del Negri observa que a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow é um “retrato de como o Direito Processual pode ser usado nas ditaduras para atingir os seus fins”, ressaltando que tal teoria “ainda é revitalizada na contemporaneidade”, (2011, p. 34), como se pode perceber nas palavras já citadas de Eduardo Cambi e Hermes Zaneti Jr. Por tais razões, “há de haver uma forte justificativa histórica para que, em pleno século XXI, ainda visualizemos a jurisdição como um espírito divino, que desceu a Terra e aqui de incorporou na pessoa do juiz.” (NUNES, 2001, p. 237).

¹⁴³Em oportuna afirmação, Lênio Luiz Streck adverte que o termo “discricionariedade judicial”, embora não seja correto compará-lo com o conceito de discricionariedade administrativa, deve ser objeto de análise sob o prisma do fenômeno da interpretação do direito, enquanto ato produtivo no qual o intérprete atribui sentido a um texto sem reproduzir os sentidos aprioristicamente dele já extraídos. Nesta perspectiva, o termo discricionariedade ligar-se-ia “a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento” (2009, p.10), sendo que este recurso de “delegação de poderes” aos juízes se justificaria em razão daqueles casos não solucionáveis pelas normas jurídicas existentes, os chamados “casos difíceis”, estando neste ponto revelada a relação umbilical do positivismo com o sujeito solipsista. Esta visão peculiar quanto ao papel destinado ao magistrado, no bojo da função jurisdicional, enquanto “porta-voz do sentimento jurídico do povo” (STRECK, 2009, p. 9), vem sendo definida (e defendida) há cerca de dois séculos por juristas de expressão na história do Direito Processual, tais como Oskar von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnellutti, Enrico Tullio Liebman, cujas obras tiveram grande adesão e desenvolvimento no Brasil pela tradicional Escola Instrumentalista do Processo, com destaque para Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

processo democrático com uma efetiva participação das partes, como destinatárias do ato decisório final, em verdadeiro ambiente de contraditório.¹⁴⁴

Pelos defensores de tal modelo, a atividade jurisdicional é concebida de forma diretamente atrelada à consciência, prudente critério ou livre arbítrio do julgador, em estreita proximidade com a ideologia da Escola do Direito Livre preconizada por Bülow, sem um devido e necessário estudo da *função jurisdicional* no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito e da *legitimidade decisória*, que somente pode ser obtida no âmbito de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal) hábil a garantir uma participação dialético-processualizada aos destinatários do pronunciamento decisório final. Desconsideram, pois, que “a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo”(DIAS, 2012, p. 36-38), vale dizer, o ato decisório jurisdicional jamais poderá ser isolado, arbitrário ou fundado em máximas de experiência, prudente critério, livre arbítrio e sentimento de justiça por parte do agente público julgador, estando esse, ao contrário, subordinado ao devido processo constitucional (disciplina constitucional metodológica). Daí o acerto de André Leal ao afirmar que é

[...] pelo atraso paradigmático que impõe o aprisionamento a uma razão prescritiva de fundo kantiano, apoiada em um jusnaturalismo autoritário mascarado, que as antigas doutrinas apresentam concepções que, apesar de todo o debate teórico que vem-se desenrolando acerca do processo constitucionalizado, insistem ainda na ideia de ver no juiz uma figura mítica iluminada a quem incumbe, em ato solitário, “fazer justiça”. (2002, p. 31).

¹⁴⁴É por isso que há grandes (e fundamentadas) objeções em relação à teoria do processo como relação jurídica, idealizada por Bülow, como se pode notar na obra de Aroldo Plínio Gonçalves (1992), para quem: “A se admitir o processo como relação jurídica, [...], ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação [...]. A doutrina processual, utilizando a figura da relação jurídica ‘trilateral’, inovou a velha polaridade do vínculo normativo, existente na relação jurídica, mas mesmo a inovação não poderia dispensar, na relação ‘angular’ ou ‘trilateral’, o vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo, vínculo que constitui a marca de qualquer ‘relação jurídica’. [...] “Em conseqüência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e passivo. [...] No processo, não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”. (GONÇALVES, 1992, p.97-98). Contudo, conforme ressaltado por André Del Negri, “a obra de Aroldo Plínio não foi bem difundida como deveria pelos processualistas brasileiros considerados de renome, porque, se tivesse sido, por certo a teoria da relação jurídica teria despencado do pedestal onde até hoje se encontra” (2011, p.39).

Tomando-se como base estudos desconectados dos (já ultrapassados) modelos abordados anteriormente e voltados para o *Modelo Constitucional do Processo*¹⁴⁵, a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (princípio da reserva legal) para a construção do ato decisório final.

Kildare Gonçalves Carvalho, baseado na obra de Rosemiro Pereira Leal, também salienta a importância da constitucionalização do processo e da necessidade de se observar a garantia do devido processo constitucional. Para o autor:

A constitucionalização do processo impedirá, dessa maneira, que seja ele entendido tão somente como uma sequência de atos coordenados, passando a se destacar como um sistema de garantia dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, há o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e se concebe a Constituição não apenas como um estatuto jurídico do político ou das atividades estatais, mas como um “texto articulador e legitimante de direitos de instituições jurídicas”, entre elas o processo e seus princípios do contraditório, da ampla defesa, e da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal. (CARVALHO, 2005, p.19-20).

A partir dessas premissas, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que a *função jurisdicional*, dentro de uma concepção estruturante do Estado Democrático de Direito,

¹⁴⁵Dierle Nunes, respaldado na doutrina de Andolina e Vignera, assevera que o processo lastreado em um modelo constitucional “constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos; como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição dos direitos fundamentais na visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados.” (NUNES, 2008, p. 247-250). Ademais, “a noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssonas aplicável a todo processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou, pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos.” (NUNES; BARROS, 2010, p.27).

[...]é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, como o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. (2012, p. 32).

Importante observar que os pronunciamentos decisórios refletem a manifestação do poder político do Estado, o qual jamais poderá ser arbitrário, “mas poder constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as assertivas do princípio do Estado Democrático de Direito”. Esse poder, exercido em nome do povo, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, deve ser realizado “sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”. Trata-se, pois, de metodologia normativa que deve informar, em grau máximo, os processos jurisdicionais, legislativos e administrativos. (DIAS, 2012, p. 35).

A função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o *devido processo constitucional*, que é “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (DIAS, 2012, p. 38-39), enquanto direito fundamental garantido ao povo (sujeito constitucional¹⁴⁶) pela Constituição de 1988, cujos princípios e demais disposições limitarão a manifestação de poder do Estado a ser exercida em nome do próprio povo, podendo-se concluir que “a jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado ‘à luz da Constituição’, porque é o processo à luz da Constituição.”(LEAL, 2012, p. 53).

Nesse sentido, pode-se concluir que toda jurisdição é constitucional e que todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional”.(DIAS, 2012,

¹⁴⁶ Para André Del Negri, o sujeito constitucional é o sujeito do discurso constitucional, representado pelo somatório das reivindicações dialeticamente empregadas numa relação com o outro em sociedade, cujo reconhecimento somente será alcançado “quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”. São, portanto, os cidadãos-intérpretes/coautores legitimados que vão “reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional”. (2011, p. 30).

p. 47). É por tais razões que a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, contrariamente à concepção do Modelo Social de Processo,

[...] não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.(DIAS, 2012, p. 48).

Para André Del Negri, a Jurisdição não é mais atividade do juiz (Estado Social), mas, sim, uma atividade construída pelas partes processuais “a partir dos conteúdos da lei, uma vez que ele (o juiz), servidor por dever funcional do povo e das normas constitucionais, não tem as chaves construtivas de um Direito espontaneamente surgido de sua lei íntima (especial sensibilidade ao decidir).”(2008, p. 105).

Entretanto, as velhas e arcaicas expressões (impregnadas de carga ideológica e sem esclarecimento) ainda tão presentes no sistema processual brasileiro, tais como “proteção estatal”, “interesse público”, “senso de justiça”, “razoabilidade e proporcionalidade”, “escopos metajurídicos”, “livre ou prudente arbítrio”, “justa medida”, cujos conteúdos são apenas decifráveis e encaminhados pelo magistrado, demonstram que o Modelo Social de Processo ainda resiste firmemente no país, mesmo diante da (plena) vigência de um novo paradigma democrático constitucionalmente previsto.É por isso que não basta

[...] positivar um modelo de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do status democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante. (LEAL, 2002, p.170-171).

Portanto, torna-se necessário romper definitivamente com esse modelo (social) que ainda permanece arraigado na doutrina processual-instrumentalista brasileira, em manifesta desconsideração (por razões estratégicas, por ignorância teórico-jurídica ou pela falta de

compromisso com a *crítica científica*¹⁴⁷) do novo paradigma democrático-constitucional definido pelo povo em 1988.

Como exemplo desse cenário, pode-se mencionar a reforma macroestrutural do processo civil brasileiro ora proposta no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados), cujas bases mantêm exatamente o mesmo suporte ideológico contido no Código de Processo Civil em vigência, que é o protagonismo judicial, sendo que tal manutenção (ausência de rompimento com o socialismo processual) revela o anacronismo e a resistência político-ideológica em, verdadeiramente, oportunizar uma devida construção, pelo Modelo Constitucional do Processo, do (inacabado e em constante desenvolvimento¹⁴⁸) Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, Dierle Nunes acentua que o problema do modelo reformista brasileiro, como de tantos outros, está em “focar as atenções, para a solução das mazelas do sistema processual, na figura do juiz, e não na estrutura procedimental lastreada por um modelo constitucional de processo dinâmico, que deveria constituir um espaço discursivo de formação revisível das decisões judiciais”. (2006, p.47).

Para que haja a efetivação dessa nova ordem constitucional, consubstanciada no processo democrático, o momento decisório do magistrado não pode mais ser visto como a “oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma decisão a ser construída como resultante vinculada à estrutura

¹⁴⁷Com base em Karl Popper, Rosemiro Leal afirma que “a crítica, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as conclusões do discurso da ciência em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica. Portanto, a ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos.” (2012, p.36-37).

¹⁴⁸Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias observa que “o processo adequado à concretização de tal objetivo é o processo constitucional – processo constitucional legislativo, processo constitucional jurisdicional e processo constitucional administrativo – estando sempre o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação, em outras palavras, espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*.” (2012, p. 2).

procedimentalizada regida pelo processo constitucionalizado.” (LEAL, 2002, p.69).

Ademais,

[...] a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual correlacionada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (DIAS, 2012, p.93).

O magistrado, vale lembrar, figura no processo como agente público julgador, não sendo livre intérprete da lei, mas sim o aplicador da lei no espaço procedimental no qual desenvolver-se-á uma atividade preparatória, regulada por uma estrutura normativa, em que as partes tenham desenvolvido uma dinâmica específica e concorrido para a formação do provimento final. (FAZZALARI, 2006). O momento decisório, nessa perspectiva, não poderia sequer ser chamado de “sentença”, por refletir o ato de sentir (*sentire*) do magistrado. Por isso deve receber a denominação de *provimento*, enquanto resultado lógico da conclusão de um procedimento cujas articulações lógico-jurídicas são produzidas pelas partes neste espaço democrático constitucionalizado chamado *processo*.¹⁴⁹

Logo, a atividade do magistrado no processo jamais poderá ser arbitrária ou exercida sob a referência hermenêutica do prudente critério que ultrapassa os conteúdos normativos, devendo, ainda, ser organizada, delimitada, legitimada e controlada segundo as bases principiológicas do processo constitucional.

Por essas razões, o processo não pode mais ser visto como um *instrumento* da jurisdição. Ao contrário, é a jurisdição atividade e instrumento do Estado que, submetida “à principiologia do processo como pressuposto inarredável de garantia máxima de direitos

¹⁴⁹ Dierle Nunes, referindo-se ao processo democrático de formação da decisão, aduz que: “Na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas (FAZZALARI, 1958), mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada nos princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todo os participantes (do imparcial e dos parciais). Propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões.” (2008, p. 196).

fundamentais na Sociedade Democrática de Direito” (LEAL, 2012, p. 52), não está autorizada em hipótese alguma a decidir fora dos conteúdos legais ou exercer atividade criativa do Direito (legislação por via oblíqua inconstitucional).

Portanto, a jurisdição representa *atividade-dever* do Estado prevista na Constituição Brasileira, cujos órgãos jurisdicionais deverão cumprir e fazer cumprir a lei (princípio da reserva legal) em processo instaurado e desenvolvido sob o prisma das garantias constitucionais do processo (Modelo Constitucional de Processo), vale dizer, um processo realizado em função da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais com base no direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos no procedimento processualizado (dialecicidade processual). Trata-se de uma concepção essencialmente extraída do paradigma vigente do Estado Democrático de Direito e de inexorável observância no exercício das atividades do Estado, visto que estas são exercidas em nome do povo, o qual, via de consequência, deve possuir um instrumento de legitimação, fiscalização e controle de tais atos, instrumento este que, nos termos ora apresentados, se implementará pelo Processo Constitucional¹⁵⁰, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais.(BARACHO, 2006).

6. Considerações finais.

Pelos estudos propostos, pôde-se verificar que o Modelo Social de Processo foi integralmente superado com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito como paradigma e núcleo central do ordenamento jurídico.

De igual modo, constatou-se que, em relação à Teoria do Processo como Relação Jurídica (base teórica da Escola Instrumentalista do Processo), os estudos empreendidos por

¹⁵⁰ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que “[...] o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado. [...] este apontado bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades pode ser considerado apanágio do Estado Democrático de Direito.” (DIAS, 2012, p.70).

Bülow alcançaram um paradoxo incontornável, pois a atividade do juiz, desvinculada de abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, teria uma ampla margem de atuação sem controle (sobretudo das partes). O juiz estaria, por lei, autorizado a atuar fora dela. Daí o paradoxo, o que sem dúvida não coaduna com quaisquer parâmetros do Direito Democrático.

Com isso, a visão instrumentalista do processo que atualmente segue com novos contornos a teoria bülowiana, embora respeitável, está impregnada de tradição e discursos de autoridade, sobretudo por concentrarem os atos processuais na figura solipsista do julgador.

Observou-se ainda que o processo, à luz do novo paradigma democrático-constitucional de 1988, não é mais um mero instrumento da jurisdição para livre manejo judicial dos direitos materiais dentro do qual o juiz teria poderes discricionários, dispendo de imensurável flexibilidade interpretativa para gerar dinamismo no processo e justiça em suas decisões.

À luz dos artigos 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, da Constituição Brasileira, ficou evidenciado que ao magistrado é defeso atuar além dos conteúdos normativos, seja a que título for, não sendo democraticamente sustentável qualquer possibilidade de solipsismo, discricionariedade, protagonismo ou estabelecimento de qualquer condição privilegiada ao agente público julgador em detrimento dos destinatários (que são os verdadeiros legitimadores) dos atos jurisdicionais: as partes.

A partir de estudos crítico-científicos amparados no Modelo Constitucional de Processo, buscou-se demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (reserva legal) para a construção do ato decisório final. Somente a partir dessas premissas que legitimidade

decisória poderá ser obtida uma decisão democrático-constitucional nos processos jurisdicionais.

Constatou-se, ao final do presente estudo, que o eixo da jurisdição não pode mais estar centrado na figura do julgador, mas, sim, no procedimento processualizado que respeitará os direitos e garantias fundamentais dos destinatários dos atos jurisdicionais. Com efeito, é preciso reconhecer o avanço teórico-discursivo do Modelo Constitucional de Processo.

Merece destaque, por derradeiro, que o *processo* não mais pode ser visto como um mero *instrumento* da jurisdição. Este instituto vai muito além desta ultrapassada concepção. É indispensável que se entenda que o processo é uma instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, instituição esta garantidora do exercício democrático dos direitos fundamentais previamente estabelecidos pela Constituição de 1988.

O estudo de tais questões é tarefa de monumental importância para a efetiva construção e contínuo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, sempre no sentido de buscar uma argumentação que melhor se amolde ao eixo teórico da democracia.

Referências Bibliográficas

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María Farias. **Introdução à análise lógica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Processo Constitucional**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 11, 2005.

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

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder Del Estado**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4º vol. 6ª ed. Salvador: *JusPodivm*, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Eliane Nassif. 1ª.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

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

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do Processo Constitucional na América. *In*: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (Coords.). **Direito Processual Civil Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, n.58, Nov. 2000, p. 196-197.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de. (Org.) **Reforma do Processo Civil. Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Jurisdição, judicialização e tutela legal na teoria do processo contemporâneo**. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) **Estudos Continuidos de Teoria do Processo. Vol. 2**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia” *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Org.) **Constituição e Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre Processo e Constituição**. São Paulo: Altas, 2014.