

A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO EM PROL DA LEGITIMIDADE CONTEUDÍSTICA

CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA¹

RICARDO TINOCO DE GÓES²

THIAGO MACIEL PINHEIRO BARROS³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 DA NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE REFERÊNCIA LINGUÍSTICO. 3 O MODELO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS: DA LINGUAGEM À LEGITIMIDADE JURISDICIONAL. 4 O PARALELO ENTRE A TEORIA COMUNICATIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E A FUNDAMENTAÇÃO CONSISTENTE. 5 O MODELO PROCEDIMENTAL DIALÓGICO E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SEMIÓTICA: A CONTRIBUIÇÃO DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO DE

¹ Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado. E-mail: candremaciel@hotmail.com

² Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). E-mail: ricardotinoco@tjrn.jus.br

³ Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado. E-mail: thiagomacielpb@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo trata da legitimidade das decisões judiciais, sob uma perspectiva jusfilosófica, a partir do paralelo entre o Código de Processo Civil de 2015 e as teorias de Jürgen Habermas e Paulo de Barros Carvalho. Emprega o método dedutivo com suporte de bibliografia especializada e análise legislativa. Entende que o direito é uma estrutura comunicativa baseada em uma rede de signos linguísticos, dentro da qual se localiza os argumentos ventilados pelas partes. Assinala que a legitimidade das decisões judiciais deve estar apoiada na cooperação processual para formar uma cognição eficiente do magistrado. Compreende que a cooperação processual é o mecanismo legal para ampliar o repertório de argumentos e garantir a maximização dos direitos sob exame do magistrado. Por fim, conclui que é através da cooperação processual é uma garantia do próprio jurisdicionado e uma estrutura de proteção ao Estado Constitucional de Direito, uma vez que o Código de Processo Civil aplicou o modelo procedimental da democracia deliberativa na jurisdição brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade da decisão. Teoria do agir comunicativo. Construtivismo lógico-semântico. Cooperação processual.

**THE DELIBERATIVE DEMOCRACY OF THE CIVIL PROCEDURE
LAW: AN APPROACH WITH THE COMMUNICATIVE ACTION
AND LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM THEORIES IN
FAVOR OF THE CONTENT-BASED LEGITIMACY**

ABSTRACT: The following article deals with the judicial decisions legitimacy in the legal philosophy perspective based on the parallel between Jürgen Habermas's and Paulo de Barros Carvalho's theories and the Civil Procedure Law. It employs the deductive method with support of specialized bibliography and legal analysis. It understands the law as an communicative structure based on linguistic signs, inside of which the legal arguments brought by the parties are located. It point out the judicial decision legitimacy must be carried by the procedural cooperation in order to produce an efficient cognition. It comprehends the procedural cooperation is the legal mechanism to broad the argumentative repertoire and assure the maximization of the rights under the judge scope. At last, it concludes that the procedural cooperation is a guarantee of the parties and a structure for assuring the Constitutional State of Law, since the Civil

Procedure Law applies the deliberative democracy procedural model into the Brazilian jurisdiction.

KEY-WORDS: Decision legitimacy. Communicative action theory. Logical-semantic constructivism. Procedural cooperation.

INTRODUÇÃO

A percepção da razão enquanto base para a refundação de um mundo não mais justificado pelas verdades totalizantes, mas comprometida com a reflexão e a crítica, promoveu, na relação entre sociedade e Estado, diversas tensões, dentre as quais a que se expressou na secularização do direito como pressuposto para a superação da fundamentação teológica do poder estatal, vindo depois a se sedimentar no conceito de laicidade do Estado.

Os reflexos jurídico-políticos que o termo laicidade encerra levam a compreensão da sua vinculação ao que significou a ruptura pós-moderna com o simbolismo e a força imagética das religiões, enquanto efeito da abertura promovida pela racionalidade, capaz de conferir ao seu objeto – a razão – a força produtora de sentido. É a razão em sua expressão enquanto consciência própria de um espírito objetivo, desprendida de toda e qualquer projeção metafísica, oriunda da cultura, do poder e, principalmente da religião, a origem do desencantamento e o passo decisivo para a secularização do direito e a laicização do Estado.

Se bem compreendida, portanto, essa gênese racional a promoverá a emancipação do ser, não mais aprisionado na dimensão metafísica das chamadas cosmovisões individuais sobre uma vida boa, nem na crença da totalidade ou no olhar uno sobre as partes desse todo, nem muito menos ancorado numa linhagem naturalista sobre a essência da verdade; o fundamento pós-metafísico passou a servir à filosofia como forma de superação de uma razão centrada no sujeito. Voltou-se ao fim de repensá-lo, agora não como fonte de uma razão subjetivada, mas identificada como instância racional crítica, que supera o apego a uma racionalidade teórica e analítica, deslocando-a para a práxis.

Nesse conspecto, como situar aqueles que estão inseridos nos estamentos do poder estatal? Bem assim, como compreender as decisões e o processo deliberativo de suas tomadas de posição, num contexto em que seus destinatários atendem a uma moral secular e o Estado a que pertencem desvinculado está de uma fonte última de legitimação, situada fora de sua normatividade jurídica?

Essas indagações assumem grande relevância para a missão entregue ao judiciário, especialmente quando a tônica do Estado Constitucional e Democrático aporta na necessária justificabilidade contenciosística das decisões judiciais, não mais representadas pela simples exteriorização de um convencimento de acordo com a consciência. É nesse percurso investigativo que o presente estudo será desenvolvido, com o fito de compreender a problemática em torno da fundamentação das decisões judiciais à lume da pós-metafísica, tendo como por opção a teoria de Jürgen Habermas. Outrossim, a investigação refletirá sobre a aplicação da democracia deliberativa⁴ proposta por aquele autor por intermédio do Código de Processo Civil de 2015.

Para desenvolvimento do exame, será empregado o método dedutivo, com vistas às referências bibliográficas próprias da filosofia e teoria do direito, do direito constitucional e do direito processual civil. A investigação resultará em uma pesquisa normativa, exploratória e qualitativa da temática, propugnando uma leitura ideal do próprio sistema jurídico. Em termos estruturais, a análise começará explicando a teoria de Jürgen Habermas, situando a necessidade de repensar a legitimidade jurisdicional.

Em seguida, tratará do paralelo entre o modelo habermasiano e a sistemática da cooperação processual, com vistas a uma compreensão procedimental do Código de Processo Civil de 2015. Ao final, abordará a

⁴ O conceito de democracia deliberativa empregado nasce da própria teoria de Jürgen Habermas e implica em uma reação corretiva aos modelos agregativos e econômicos de democracia que vigoraram no século XX. O modelo de democracia deliberativa contempla uma participação igualitária, de todos cidadãos - enquanto destinatários das decisões estatais - nos processos políticos. A tônica parte do conceito de racionalidade comunicativa de Habermas e apregoa uma concepção de legitimidade atrelada à vitória do melhor argumento. (CHAMBERS, Simone. *Deliberative democracy*. In: ALLEN, Amy. MENDIETA, Eduardo. (Orgs.). **The Cambridge Habermas Lexicon**. Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 94 - 95)

formação do precedente judicial em uma perspectiva semiótica, indicando como os argumentos introduzidos conferem supedâneo a construção da decisão judicial.

2 DA NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE REFERÊNCIA LINGUÍSTICO

A professora Aurora Tomazini de Carvalho⁵ resume muito bem o conceito de conhecimento que caracteriza-se como a forma da consciência humana por meio da qual o homem atribui significado ao mundo. É a consciência humana que tenta dar forma e conteúdo aos objetos e coisas para uma melhor compreensão e entendimento do mundo. O conhecimento para ser aceito como verdadeiro e conseqüentemente utilizado para construção de uma dada realidade deve ser justificado ou racionalizado.

Portanto, uma consciência que, porém não encontra formas de legitimação ou auferição não se mostra apta a gerar conhecimento. Seguindo os ensinamentos de Aurora Tomazini de Carvalho⁶ encontramos que “conhece, aquele que é capaz de emitir proposições sobre e mais, de relacionar tais proposições de modo coerente, na forma de raciocínios”, ou seja, para conhecer é necessário ter a capacidade de falar alguma coisa sobre um dado objeto, é quando se tem ideia ou noção de alguma coisa. Conhecimento está diretamente ligado a linguagem, como Fabiana Tomé⁷ ensina: “só há realidade onde atua a linguagem, assim como somente é possível conhecer o real mediante enunciados linguísticos.” Por essa razão pode-se dizer que conhecer é poder falar alguma coisa sobre um dado objeto por meio da linguagem.

⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 6

⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 13

⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2012. p. 3

Prosseguindo nos ensinamentos de Fabiana Tomé⁸ temos que só somos susceptíveis de conhecer algo quando apreendemos esse algo e o constituímos linguisticamente, o conhecimento e seu objeto são “construções intelectuais cuja existência se dá pela linguagem”, onde “somente por meio da linguagem é possível o conhecimento, em seu sentido pleno, como algo objetivado” Dessa forma, podemos dizer que o conhecimento pleno é possível no sentido de que para uma dada pessoa segundo um dado parâmetro ou referencial irão surgir variadas interpretações pessoais, limitadas pela sua linguagem ou na sua capacidade de formular proposições.

Seria no caso, o ser humano que passa pela fase do conhecimento rudimentar ou mais básico do mundo, que com o tempo e a experiência desenvolve ideias mais elaboradas ao estabelecer relações e por fim com o raciocínio mais apurado já se mostra capaz de fazer exclusões e proposições críticas e fundamentadas. Porém, entenda-se que o conhecimento será se analisado sob um prisma pessoal, uma vez que a depender da referência podemos ter variadas formas de se entender uma dada realidade ou um dado objeto. Portanto, o sistema de referência surge como pressuposto fundamental ao conhecimento, na medida em que serve de parâmetro para o mesmo.

Assim, conhecemos algo em razão da convivência ou da experiência que possuímos. Para uma mesma realidade ou para um mesmo objeto podemos ter “n” interpretações a depender do sujeito que a vê ou a interpreta. Nos dizeres da professora Aurora Tomazini de Carvalho⁹, “cada pessoa dispõe de uma forma particular de conhecimento em conformidade com um sistema de referências adotado e condicionado por seus horizontes culturais”. Discorrendo sobre o tema, a professora Fabiana Del Padre Tomé (2012, p. 6) em que: “é por se colocarem em um sistema de referência que os objetos adquirem significado, pois algo só é tangível à medida que é conhecida sua posição em relação a outros elementos, tornando-se clara sua postura relativamente a um ou mais sistemas de referência.”

⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2012.p. 4

⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 26.

Uma teoria tem sua importância relevada exatamente na medida em que ela existe para que se conheça um objeto. Uma teoria nada mais é que um conjunto de informações direcionadas ao leitor que busca identificar e compreender um dado objeto ou uma certa realidade. A teoria se mostra importante porque ela quer nos ensinar ou nos apresentar a algo. Partindo de tal pressuposto e levando-se em conta que direito é o conjunto de normas jurídicas de válidas num dado país, teremos que é de fundamental importância entendermos o que são normas jurídicas para sabermos o que é direito. Daí a necessidade e a importância de uma teoria da norma.¹⁰

3 O MODELO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS: DA LINGUAGEM À LEGITIMIDADE JURISDICIONAL

A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas¹¹ propõe um modelo através do qual as pessoas – vistas como cidadãos – formam sua vontade política a partir do uso linguístico, materializado em atos de fala. Assim, o falante-proponente usará da linguagem para chegar a um entendimento comum com o ouvinte e concretizar algo no mundo fático.. Tal visão procedimental decorre da incursão que a teoria do agir comunicativo faz no âmbito da filosofia do direito. Ao trazer um modelo de democracia radical, aquele autor contempla a existência de atos de fala como base para todas as relações sociais desenvolvidas em um mundo da vida.

Os atos de fala são os responsáveis pela coordenação de ações dos sujeitos falantes, possibilitando que todos construam acordos racionais, com

¹⁰ Nas palavras da professora Aurora Tomazini de Carvalho: “uma teoria da norma jurídica é indispensável à Ciência do Direito, pois ela nos possibilita conhecer os elementos que, relacionados entre si, formam o sistema do direito positivo. E, dizendo sobre seus elementos ela muito diz sobre o próprio sistema.¹⁰ É por isso que qualquer ciência, que tome como objeto o direito positivo, não foge a uma teoria da norma jurídica, que explique suas unidades e nem a uma teoria do ordenamento jurídico que ilustre as relações entre tais unidades”. CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 280)

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 65.

fundamento em um mundo da vida compartilhado pela totalidade de participantes. Logo, os atos de fala consubstanciam um mecanismo para a integração social.¹² É que, para Habermas¹³, os atos de fala carregam uma finalidade ilocucionária, que corresponde aquilo que o falante pretende concretizar com a sua fala. Quando o ouvinte acata o que lhe é posto, após o processo de argumentação racional, acontece o sucesso ilocutório. O caráter finalístico dos atos de fala depende da cooperação comunicativa de cada participante na circunstância deliberativa.

No âmbito do uso linguístico, dois resultados são possíveis: o agir comunicativo e o agir estratégico. O agir comunicativo é determinado quando os falantes se utilizam da linguagem para firmar um acordo ou um entendimento mútuo quanto aos seus planos de ação e assim concretizam as metas que se propõem, com as respectivas consequências que podem ser esperadas¹⁴. O entendimento mútuo é baseado em uma ação comunicativa fraca, pois a única razão para que os agentes unam comunicativamente seus esforços são as pretensões de verdade e veracidade quanto as propostas apresentadas. Já no acordo, que deriva do agir comunicativo forte, há também o reconhecimento da correção daquilo que é colocado, como algo certo, justo e adequado.

De todo jeito, ambas as formas são baseadas na liberdade e na autonomia que cada sujeito tem quanto ao discernimento normativo – em outras palavras, a liberdade de aceitar ou não o que lhe é colocado.¹⁵ Já no agir estratégico, a linguagem é um simples meio para transmissão de informações, de modo que as partes não chegam a um acordo ou entendimento mútuo e agem pensando no próprio sucesso, de uma maneira egoísta.¹⁶

¹² HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 95

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 68 - 70

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 165

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 118

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 74.

Ainda, os atos de fala comportam alguns requisitos para a ação dialógica ser concretizada, denominados de consenso de fundo. Essas condições pressupõem uma intenção de compartilhar um entendimento expresso com veracidade e que permitem validar o enunciado a partir de pretensões de inteligibilidade, de verdade quanto ao conteúdo veiculado, de justeza normativa quanto ao comprometimento quanto aquilo que é proposto pelo falante e quanto a veracidade das informações apresentadas.¹⁷

Desses pressupostos, advém a situação ideal de fala, a qual determina que todos os participantes devem ter iguais chances de falar livremente, realizando questionamentos e oferecendo respostas; que todos devem ter iguais chances de interpretar, afirmar, sugerir, esclarecer, justificar e problematizar o que lhe é colocado; que somente podem ser admitidos os agentes-falantes que possuam iguais condições de empregar atos de fala; e, por fim, que esses agentes falantes tenham simetria no emprego de atos de fala regulativos que envolvam o intercâmbio de ordens, permissões ou promessas.¹⁸

De outro orbe, para fundamentar suas pretensões, os sujeitos vão buscar no mundo da vida o núcleo dos argumentos que lançarão no momento do discurso. Tal estrutura é um elemento especial da teoria habermasiana, a qual figura como o horizonte em que os agentes comunicativos se movimentam¹⁹, operando como pano de fundo do agir comunicativo.²⁰

O mundo da vida é fruto das tradições humanas e seu processo de socialização e aprendizagem²¹ aos quais todos os fenômenos sociais estão submetidos a cooperação interpretativa da sociedade.²² Trata-se de um farto repositório interpretativo que se renova a cada nova atividade comunicativa, já

¹⁷ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. (Orgs.) **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

¹⁸ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. (Orgs.) **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 127.

²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 67.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 95.

²² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 270.

que os argumentos que recolhem fundamentos no mundo da vida e para lá retornam, retroalimentando aquela estrutura.

Habermas²³ destaca que o mundo da vida é composto pela cultura – ligada ao repositório de conhecimentos humanos -, pela sociedade - que encarna as ordens institucionais, as normas jurídicas e o uso de costumes – e, pela personalidade – que é fruto dos organismos humanos. Esses elementos servem de canal para os conteúdos semânticos que servem de moeda para a linguagem normativa característica das ações comunicativas.

Ou seja, o agir comunicativo propugna que a linguagem seja utilizada como mecanismo para que os falantes e ouvintes cheguem ao consenso sobre algo na sua realidade concreta. Na impossibilidade deste acordo ou entendimento mútuo ocorrer, entra o papel do direito, como limitador do agir estratégico.

Pela teoria habermasiana, o direito é reportado como uma ferramenta que realiza a mediação dos discursos, evitando que os dissensos – ou falta de consensos – advindos do mundo da vida findem em ações estratégicas que ponham em risco a tessitura social.²⁴ O direito, enquanto componente do mundo da vida, reproduz-se junto com esse aparato, todavia, ao invés de estar submetido as variações pluralísticas comuns na sociedade, o ordenamento jurídico é um fruto da intersubjetividade social.

Em outros dizeres, o direito é fruto de uma construção comunicativa da sociedade, de tal maneira que detém a legitimidade a partir de um princípio democrático e da construção intersubjetiva de seu conteúdo, a partir do próprio código jurídico, que não fica limitado ao conteúdo moral mundo da vida²⁵. Por isso que o direito consegue compatibilizar os mundos da vida pluralizados, resolvendo a tensão entre legitimação e a necessidade de coerções.

²³ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 98.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 40.

²⁵ . HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 112.

É que a legitimidade do direito vem de um processo legislativo racional que propõe o cumprimento da norma pela sua própria legitimidade – chamada pelo autor de validade – em detrimento de sanções ou ameaças – chamadas de facticidade.²⁶ Em outro orbe, a matriz legitimadora do direito são os princípios do discurso e da democracia. Enquanto o primeiro estabelece que somente aquelas normas que tem a concordância procedimental dos seus destinatários, o segundo estabelece que a produção do direito deve ser pautada em uma linguagem que permita à comunidade se reconhecer enquanto coparticipes do direito.²⁷ De mais a mais, tanto a validade quanto a facticidade são necessárias para gerenciar os dissensos e ações estratégicas que podem emanar do mundo da vida, demovendo comportamentos desviantes com base em uma legislação legítima.²⁸

Essa preocupação tem como origem o próprio conceito de legitimidade utilizado pelo autor, uma vez que tal instituto diz respeito a uma pretensão de reconhecimento atribuída a uma dada ordem política como correta, justa e que apresenta bons argumentos em seu favor. A legitimidade da ordem política desemboca na legitimidade da própria ordem de dominação, cuja estabilidade pode ser contestada no momento em que o ordenamento se afasta da coerência e justeza de suas decisões.²⁹

Habermas³⁰ propugna um modelo de legitimação reconstutivo, em que a justificação das pretensões de validade normativa – que diz respeito à aceitação de uma norma de ação – em que há aceitação nas razões pelas quais aquela conduta é válida. Todavia, esta análise deve respeitar a sucessão histórica de sistemas de justificações à luz do desenvolvido experimentado pelo grupo legitimador, o que possibilitará, em última instância, a visualizar a coerência dos argumentos que sustentam a própria legitimidade.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 48 – 50.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142 – 146.

²⁸ Jürgen Habermas. São Paulo: UNIFESP, 2011. p. 117.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2016. p. 380.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2016. p. 420 – 423.

Neste desiderato, as propostas dialógicas de Habermas também são direcionadas a atividade jurisdicional e a hermenêutica, consoante as decisões judiciais também necessitem da legitimidade quanto ao seu procedimento de elaboração. Para Habermas, o julgador deve produzir decisões que observem a segurança jurídica ao mesmo passo que sejam corretas, adequando-se a realidade para a qual será direcionada.

O percurso traçado pela teoria procedimental é calcado em uma revisão da proposta hermenêutica de Ronald Dworkin³¹. É que Habermas insere as concepções solipsistas de Dworkin em um amplo núcleo procedimental que irá nortear a atividade jurisdicional, com vistas constantes aos argumentos ofertados pelas partes. Trata-se de um jogo argumentativo que servirá para garantir tanto a integridade da decisão quanto um grau de segurança jurídica, pois o juiz é libertado do fardo de argumentar sobre uma releitura da tradição moral para empreender um esforço cooperativo com todos os envolvidos no processo, em um empreendimento comum com a comunidade jurídica apoiada na rede comunicativa de argumentos jurídicos.³²

Isto posto, a argumentação jurídica deve ser desenvolvida nos ditames do agir comunicativo, com base exclusivamente em elementos linguísticos, livres de coercitividade, sendo vedada a interferência de elementos externos que

³¹ Ainda que não seja objeto deste estudo, com o escopo de dar mais solidez a investigação desenvolvida, é necessário pontuar alguns elementos sobre a obra de Ronald Dworkin. Dworkin incorpora na teoria do direito os princípios jurídicos, que, junto com as regras, servem de fontes para o direito. A decisão judicial em Dworkin é orientada para reduzir a discricionariedade do julgador, que deverá manusear os princípios – encarados como padrões de exigência moral – tendo em mente as políticas – tidas por objetivos que são perseguidos pelo direito e sociedade – para elaborar as decisões para os chamados casos difíceis – nos quais ainda não existe uma resposta dentro do sistema jurídico. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 34 - 42).

Para demonstrar a utilização nas decisões judiciais dos princípios – que devem ser escolhidos por sopesamento e servir de argumento jurídico para as decisões -, Dworkin cria a fábula do juiz Hércules, julgador apto a desempenhar a dita atividade a partir de uma releitura da tradição moral da sociedade e dos conteúdos morais que naquela foram institucionalizados. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 196).

O elemento que mantém a discricionariedade de Hércules sob controle é o romance em cadeia, cuja presença é um fator que assegura a integridade do direito, uma vez que o juiz deve reconstruir, também, a tradição do próprio direito a partir dos precedentes produzidos no passado. (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238).

Portanto, as decisões para Dworkin terão, de um lado, uma finalidade política e por outro, uma fundamentação principiológica. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 138 - 139).

³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 277 – 280.

condicionem a uma espécie de ação estratégica, permitindo que todos os argumentos relevantes – e as motivações pragmáticas destes - que estejam disponíveis sejam trazidos para o processo para construir a única decisão procedimentalmente correta.³³

Visto nesta perspectiva, é possível afirmar que os atos processuais nada mais são do que atos de fala institucionalizados, que estão orientados para um agir comunicativo fraco, tendo em mira que o interesse em obter uma decisão judicial é o que fará as partes atuarem de maneira harmônica. Não obstante, os princípios processuais constitucionais sustentam a situação ideal de fala no âmbito do processo civil, atendendo aos requisitos de plausibilidade, integração discursiva e utilização de uma linguagem com fins comunicativos.³⁴

Por estas razões, o trabalho identifica o paralelo entre a teoria de Jürgen Habermas e a sistemática processual brasileira, de modo que agora segue para uma análise mais aprofundada do assunto.³⁵

4 O PARALELO ENTRE A TEORIA COMUNICATIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E A FUNDAMENTAÇÃO CONSISTENTE

³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 282 – 283.

³⁴ Este postulado salta aos olhos quando da leitura dos incisos LIV, LV e LVI do art. 5º da Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

³⁵ O outro ponto de contato entre a teoria habermasiana e o direito brasileiro está situado na figura do *amicus curiae*. Trata-se de um instituto que se afeiçoa enquanto verdadeiro canal comunicativo entre a sociedade civil organizada e os estamentos do poder público, possibilitando o acesso dos argumentos morais e pragmáticos, devidamente transcritos para o código do jurídico-político, que contribuem para a cognição processual e legitimidade das decisões judiciais. Todavia, o presente estudo não irá aprofundar este tópico, uma vez que lançará esforços na compreensão da fenomenologia endoprocessual na ótica dos postulados discursivos. (PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Direito, racionalidade da jurisdição e acesso à justiça: uma visão a partir de Jürgen Habermas. In: ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. CONSANI, Cristina Foroni. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. CASTO, Celso Luiz Braga de. (Orgs.). **Acesso à justiça: perspectivas jusfilosóficas**. Salvador: Motres, 2018. p. 48 – 50.

O processo judicial é o mecanismo através do qual os direitos são tutelados e a atuação jurisdicional é legitimada, possibilitando a toda sociedade buscar a concretização ou proteção de direitos fundamentais junto ao poder judiciário. Logo, o processo se vincula aos preceitos constitucionais, extraíndo destes legitimidade para subsidiar as decisões judiciais, fazendo-o em um nível argumentativo, o que chama uma conexão com a democracia deliberativa, uma vez que é necessário convencer os destinatários sobre determinada decisão ao comportar uma representação argumentativa.³⁶ É através dos argumentos apresentados pelas partes e acatados pelos magistrados que atos políticos podem ser anulados diante da primazia dos direitos fundamentais.

O elo entre a hermenêutica procedimental propugnada por Jürgen Habermas e o processo civil contemporâneo tem sua construção inicial na cooperação processual insculpida pelo art. 6º do Código de Processo Civil.³⁷ O imperativo da cooperação surge da necessidade que a decisão seja construída pelas partes e é orientada pelos cânones da cognição eficiente: partes e magistrados cooperam entre si no afã de maximizar a legitimidade da decisão e seus efeitos concretos.³⁸ É que o processo faz com que os interesses de ambas as partes sejam enfeixados em perspectiva de agir comunicativo fraco, eis que ambos comungam um interesse endoprocessual comum, o qual é visto na edificação de decisão de mérito justa e adequada.³⁹ Daí que a tutela jurisdicional

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume I. Salvador: JusPodivum, 2008. p. 573 – 574.

³⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 154.

³⁸ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008. p. 149.

A cooperação processual desemboca em um exercício da cidadania em um nível processual, pois a sentença será o resultado de todos os sujeitos processuais que deverão atuar em prol de um equilíbrio mínimo para sedimentar a isonomia processual. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivum, 2008. p. 135). Daí a relação da cooperação com a cognição eficiente preconizar a necessidade de que o processo tutele direitos sob a ótica dos direitos fundamentais, permitindo o acesso à justiça e a concretização do resultado útil do processo. (GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008. p. 159).

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72 – 73.

justa e racional depende de uma estruturação procedimental alicerçada na participação de toda a coletividade processual que por ventura detenha interesse jurídico-institucional na demanda.⁴⁰

Como os atores processuais formam uma comunidade de trabalho, existe a coordenação de esforços para que do processo surja um agir comunicativo fraco. Na ótica habermasiana, a litigância de má-fé pode se transcrita como uma espécie de agir estratégico, no qual as partes lançam mão de uma ação egoística, violando os deveres de boa-fé processual, para induzir o magistrado a erro ou postergar o resultado útil do processo.⁴¹

A má-fé é compreendida na objetividade de sua conduta e é avaliada pelo que a intersubjetividade pode comprometer, negativamente, em desfavor da cooperação processual e da construção, também intersubjetiva, da decisão judicial. Não se trata mais de um agir estratégico que decorre do subjetivismo moral – não se ingressando no aspecto da consciência – mas sim de uma forma objetiva que se vê pela conduta do sujeito, colocando em xeque tanto a cooperação processual quanto a conduta. Daí a ancoragem habermasiana da cooperação, que mais se percebe diante do desprezo, agora claro, do elemento subjetivo antes contido na base da boa-fé e do seu antagônico, a má-fé. Ora, como a boa-fé é objetiva pelo Código de Processo Civil, sua negação, isto é, a má-fé, não mais se extrai de um agir solipsista, fundado no sujeito moral superdimensionado.

Por isso a imposição de penalidades para aqueles que violam a cooperação, das quais se destaca a punição por litigância de má-fé prescrita pelos arts. 77-81 do Código de Processo Civil. A perspectiva da cooperação é limitar a apreciação do juiz aquilo que as partes estão manifestando, daí que

⁴⁰ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae. Curitiba: Juruá, 2018. p. 155 – 156.

⁴¹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae. Curitiba: Juruá, 2018. p. 157.

macular esse princípio pode resultar em nulidade processual⁴² e abrir margem para a discricionariedade do julgador.⁴³

Portanto, a cooperação processual também se conecta ao contraditório substancial dos arts. 9º e 10º, amarrando às partes e o julgador a necessidade de que todas as decisões tenham audiência recíproca das partes.⁴⁴ Isto faz remontar aos fundamentos procedimentais da democracia deliberativa, no qual o confronto de argumentos é que permite o destaque do melhor argumento racional. Por isso é imprescindível a oitiva de todos os envolvidos, exatamente como dispõe o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.⁴⁵

Logo, o juiz tem os deveres de direção, de prova e de diálogo, participando ativamente em uma ótica processual para conciliar a atuação de ambas às partes em prol da cognição a ser efetuada.⁴⁶ A justificativa é que o direito processual oferece uma fundação normativa que induz ao comportamento dialógico e mitiga os atos não cooperativos.⁴⁷ Em suma, o juiz deverá ser o médium da argumentação desempenhada pelos atores processuais, protegendo a ação comunicativa endoprocessual e coibindo a eventual ação estratégica das partes.⁴⁸ É por tal motivo que a perspectiva do processo no Código de Processo

⁴² Neste caso, a nulidade é a sanção necessária em face dos descumprimentos dos requisitos necessários à produção da sentença, uma vez que a má-fé pode comprometer a fundamentação do decisório, o que, por via transversa, implica em violação ao princípio do devido processo legal. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 134).

⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 233 - 234.

⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 226

⁴⁵ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 160 - 161.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 61 - 64.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 47

A caracterização procedimental do processo civil vem da imposição dada ao judiciário de dialogar com as partes sobre os argumentos que possam ensejar o resultado do processo: a procedência ou improcedência do mérito; a aceitação ou rejeição de um recurso. Cabe ao juiz dialogar com as partes para demonstrar que as conclusões obtidas são baseadas nos argumentos apresentados e que destes não se pode ter outra conclusão senão aquela trazida na decisão. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445 - 446).

⁴⁸ Há também um viés exoprocessual, o qual oportuniza que a sociedade civil realize o *accountability* do julgado, em especial quando há participação do *amicus curiae*. (PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 170).

Civil é procedimental, já que a decisão será baseada no argumento racional que se consagre vitorioso no discurso jurídico.⁴⁹

O influxo argumentativo ofertado pelas partes ao juiz irá direcionar a fundamentação da decisão, tendo em mira que os fundamentos levantados pelo magistrado apresentam duas consequências.⁵⁰ A primeira consequência tem caráter endoprocessual e possibilita que as partes compreendam a decisão e manejem os recursos que se fizerem necessários, observando como seus argumentos foram tratados pelo juízo. Já a segunda consequência é exoprocessual, dado que fornece à sociedade civil as razões que nortearam a decisão, permitindo que a opinião pública confronte suas expectativas com os fundamentos jurídicos elencados⁵¹, tornando a jurisdição um verdadeiro foro para aplicação da democracia deliberativa.⁵²

De mais a mais, a fundamentação das decisões deve ser posta como um direito fundamental, dada a sua fundamentabilidade material que impregna o

⁴⁹ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 163.

Outros exemplos dessa abordagem são trazidos por Carlos André Maciel Pinheiro Pereira, a exemplo do contraditório substancial dos arts. 9º e 10º; o dever de esclarecimento do art. 7º que, por sua vez, influencia o depoimento pessoal da parte e as hipóteses de emenda da inicial – arts. 385 – 388 e 319 – 321, respectivamente. O autor ainda menciona o dever de prevenção que possibilita a correção dos vícios, cuja previsão é do art. 317 alinhado aos já mencionados arts. 9º e 10º e do dever de auxiliar as partes. Há presença da veia procedimental no saneamento co-participativo do art. 357 e dos negócios processuais dos arts. 190 e 191. (PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 160 - 167).

⁵⁰ Ademais, é por intermédio da fundamentação que os precedentes judiciais são formados e as técnicas de superação são manejadas. Daí ser imprescindível que a justificação da decisão esteja clara e alinhada aos fundamentos jurídicos e fáticos ventilados pelos atores processuais (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante processo comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 606)

⁵¹ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação do precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

⁵² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. JORDÃO, Marco Aurélio de Medeiros. A figura do *Amicus Curiae* e a concretização da democracia deliberativa pela justiça constitucional brasileira. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, Canoas/RS, v. 5, n. 1, p.27-39, 24 maio 2017. Semestral. Centro Universitário La Salle - UNILASALLE.

A jurisdição deve convencer a sociedade de que aquela decisão tem aporte no texto constitucional e na realidade processual. Trata-se de uma relação de co-originalidade, já que a jurisdição também deve ser convencida pela sociedade. A jurisdição toma com base os valores do discurso prolapado pela esfera pública e os argumentos da decisão proferida permitem a revisão da argumentação da própria sociedade civil. Daí o imperativo do judiciário fundamentar suas decisões. (GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 251 - 252).

Quando se pensa na jurisdição constitucional e em especial, na participação do *amicus curiae*, a cooperação processual e a fundamentação ganham uma importância ainda maior, já que será o cidadão o próprio destinatário daquela decisão, experimentando os efeitos daquela no cotidiano.

direito à motivação das decisões. A fundamentação deve ser pautada em um discurso racional, promovendo a reconstrução normativa e esclarecendo como cada argumento deduzido e como cada prova produzida foram valorados pelo julgador, apontando assim os critérios de que a decisão proferida é justa e adequada.⁵³ É nessa linha que segue o art. 489 do Código de Processo Civil, pois a fundamentação representa toda a manifestação racional dos argumentos levantados pelas partes e que influenciaram a decisão. Por isso não é possível falar em contraditório substancial sem a presença da devida fundamentação prevista naquele artigo.⁵⁴

É também, pela fundamentação que as técnicas de superação dos precedentes serão operacionalizadas, sendo um componente essencial para ocorrência do ato jurídico perfeito, contribuindo para a manutenção da integridade do sistema jurídico, uma vez que esta mesma decisão poderá ser questionada em face do *romance em cadeia*.⁵⁵ Pensar a fundamentação das decisões como salvaguarda da cooperação entre os atores processuais – e até mesmo como um direito fundamental – é garantir que a legitimidade procedimental que ampara à decisão seja reconhecida e combata o solipsismo e o dedutivismo, protegendo as partes – e em última análise, a sociedade – contra arbitrariedades praticadas pelos órgãos julgadores.⁵⁶

⁵³ MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação do precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 128 – 131.

⁵⁴ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 167.

⁵⁵ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 169.

⁵⁶ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 172 – 173.

Por isso as simulações de fundamentação devem ser combatidas: “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores. Há muito se percebe que a exigência de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia contra o arbítrio e a discricionariedade; no entanto, a consideração recorrente de que se trata de obrigação óbvia faz crer que qualquer motivo apresentado pelo juiz seria suficiente para o cumprimento da norma prevista no art. 93, IX, da CR/1988.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 205).

Feitas tais considerações, o último passo deste estudo reside na discussão em torno da formação dos precedentes a partir da cooperação processual, o que demonstrará, junto com o que foi exposto até aqui, a aplicação da democracia deliberativa e do modelo de jurisdição procedimental pelo Código de Processo Civil de 2015.

5 O MODELO PROCEDIMENTAL DIALÓGICO E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SEMIÓTICA: A CONTRIBUIÇÃO DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO DE PAULO DE BARROS CARVALHO

Diante do que foi explicado quanto à sistemática procedimental estar alicerçada na cooperação processual e encontrar guarida na fundamentação da decisão judicial, o próximo passo desta investigação dirá respeito ao confronto do modelo dialógico com a metódica de precedentes judiciais inaugurada pelo Código de Processo Civil. Para tanto, em um momento inicial, se fará um inserção do estudo semiótico no direito para então identificar onde a regra de argumentação cooperativa é inserida na construção da decisão judicial que formará o precedente judicial.

O constructivismo concebe o mundo como uma entidade cuja morfologia não é independente dos sujeitos que fazem parte dele. Tal termo se refere à teorias que tendem a defender a ideia de que sempre existe intervenção humana na formação do objeto. Ou seja, parte-se de uma construção do objeto pelo sujeito, em que se atribui sentidos a partir dos limites de sua linguagem e não de uma mera descrição a partir de associações, por exemplo. Desta forma o direito é visto a partir de referências linguísticas e forma uma verdadeira teia comunicacional, pois a atividade de comunicação é inerente ao próprio ser humano em contato com o meio em que vive.⁵⁷

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 164 – 166.

O direito, enquanto sistema comunicacional⁵⁸ reconstrói a facticidade das dinâmicas existenciais de seus destinatários no afã de orientar as regras e condutas sem perder de vista o caráter democrático que deve reverberar na ordem jurídica. Neste sentido, as mensagens emanadas do sistema jurídico-comunicacional passam pelo processo de interpretação, que é comum a todos aqueles inseridos no mundo da vida, consoante também empregar a linguagem como o médium das interações humanas. Podemos dizer que a Teoria do Direito se ocupa das normas jurídicas enquanto mensagens jurídicas e, portanto, prescritivas de condutas com base em valores coletivos, produzidas pela autoridade competente e dirigidas aos integrantes da comunidade social.

Desta feita, a interpretação é iniciada no plano de expressão do texto jurídico, o qual começa a ser limitado a partir dos signos linguísticos, que colidem com os horizontes culturais do intérprete – enquanto sujeito submetido a uma historicidade factual, que aduz percepções enquanto participe da realidade.⁵⁹ O próximo passo é a análise do contexto social, político e econômico em que o texto jurídico está inserido, observando se existe manifestação dos atores processuais enquanto representantes jurídicos da esfera pública, com vistas à intertextualidade⁶⁰. Daí que todo intérprete propõe uma perspectiva normativa que comporta um contexto (aspecto real) e a um texto jurídico (aspecto jurídico)

⁵⁸ O direito é um sistema comunicacional pois transmite mensagens aos cidadãos com o fito de regular as condutas intersubjetivas, disciplinando assim as condutas humanas. É deste processo que a jurisdicização das condutas humanas pelas normas abstratas permite a incidência do direito na concretude social, transmitindo como mensagem um comando. Trata-se, inclusive, de uma ótica consecutória do próprio processo de legitimação, já que as regras são produzidas na exata medida que o sujeito-participante contribui ativamente para o processo de comunicação jurídica. (CARVALHO, 2015, p. 168 – 176).

⁵⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 169 – 172.

⁶⁰ Não se trata das duas intertextualidades abordadas por Paulo de Barros Carvalho, como aquela que envolve diferentes ramos do ordenamento jurídico – intertextualidade interjurídica – ou da que está reportar as áreas afins ao Direito – intertextualidade extrajurídica. Trata-se de uma intertextualidade de terceira via, aqui denominada de intertextualidade argumentativa endoprocessual. Nesse sentido, o professor Paulo de Barros conclui que “o processo comunicativo consista na transmissão, de uma pessoa para outra, de informação codificada. O esquema da comunicação supõe, portanto, a transmissão de uma mensagem, por meio de um canal, entre o emissor e o receptor, que possuem em comum, ao menos parcialmente, o repertório necessário para a decodificação da mensagem”. A intencionalidade é desnecessária, pois, a todo instante estamos emitindo mensagens e muitas vezes nem percebemos ou nem mesmo temos essa intenção. Logo, a atividade de comunicação é inerente ao próprio ser humano em contato com o meio em que vive. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 206).

– em outras palavras, se deve construir a regra de argumentação a partir da ponderação do pluralismo com base nas suas pretensões jurídicas;

O processo de extração de normas de um texto jurídico passa pela interpretação, seja um texto escrito na forma escrita, seja um texto oral, produzido durante uma sustentação oral. Na verdade, essa interpretação é idêntica a de qualquer manifestação textual. As percepções da sociedade também se incluem nesse processo de interpretação através da esfera pública que produz pré-interpretações que serão levadas ao crivo do poder judiciário.

Portanto, a formação do precedente judicial perpassa pela faceta dialógica-argumentativa, na qual são sopesadas as proposituras de cada um dos atores processuais, conduzindo o magistrado para uma interpretação gradativa, na qual avalia os pesos argumentativos de cada fato.⁶¹ A pragmática universal do discurso promove uma interseção entre argumentação e interpretação, ao mesmo passo que articular os aspectos procedimentais – ou formais – com os substantivos – ou materiais.⁶²

O ponto de partida para o processo interpretativo reside na historicidade do direito e no posicionamento do julgador e dos demais intérpretes nesse ciclo, pois é necessário observar o caso concreto para desvelar o sentido do texto jurídico. (GADAMER, 1999, p. 461 – 463). Neste conspecto, a consciência reflexiva do intérprete o conduz para a percepção das normas jurídicas a partir da pré-compreensão que possui. O produto disto será, posteriormente, submetido a uma discussão pública.⁶³

Assim, o precedente é construído pela argumentação e pela interpretação⁶⁴, por isso a sistemática adotada neste estudo. Dito isso, adota-se o processo de construção da interpretação da maneira descrita por Paulo de Barros Carvalho em quatro etapas: S1, S2, S3 e S4. Todo interprete propõe uma

⁶¹ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 191.

⁶² RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Volume I. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 162 – 164.

⁶³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 167.

⁶⁴ RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. Volume I. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 171.

perspectiva normativa que comporta um contexto (aspecto real) e a um texto jurídico (aspecto jurídico) – em outras palavras, se deve construir a regra de argumentação a partir da ponderação do pluralismo com base nas suas pretensões jurídicas.

As quatro etapas, como originalmente tratadas por Paulo de Barros Carvalho⁶⁵: Plano S1 – Plano de expressão da leitura do texto legal, que compreende toda produção do sistema jurídico, seja a Constituição, leis ou jurisprudência. No caso, este estudo vai além para consignar também as manifestações de todos envolvidos na comunidade de trabalho processual, as quais tem nascedouro nas pré-compreensões que tais sujeitos possuem acerca das normas em tela. Plano S2 – Plano Proposicional: significações isoladas, a partir das quais começa o processo de significação, com comparação dos significantes e formação de significados. Plano S3 – Plano Normativo: significações deonticamente estruturadas, na qual há o agrupamento dos significados em uma rede hipóteses e conseqüências. Plano S4 – Plano de Sistematização: normas jurídicas estruturadas em relação de coordenação e subordinação.⁶⁶

As considerações emanadas dos atores processuais – que inclusive podem contemplar a inserção da sociedade civil e suas esferas públicas –, passa por esse percurso de S1 até S4. Quando o julgador se depara com essas proposições, se inicia um novo ciclo, desta vez partindo de uma nova premissa: ele irá realizar o confronto dessas expectativas normativas da sociedade com o sistema jurídico, ou seja, o julgador colhe a proposição da sociedade como um S3 e irá direcionar para o S4, orientando-se sob a premissa de quais expectativas devem preponderar à luz do sistema jurídico.

Em miúdos, a atividade dos atores processuais, em juízo, trabalha com a argumentação na passagem do S2 até o S3: lá são solidificados os argumentos

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148 - 161

⁶⁶ A despeito do autor tratar da incidência normativa dentro das relações jurídicas em matéria tributária, o presente estudo utilizará da estrutura lógica desenhada por aquele. Ademais, a opção pela teoria de Paulo de Barros Carvalho não nega o construto dos demais autores outrora mencionados nestes texto. A intenção é buscar um aporte geral que será utilizado para melhor demonstrar a construção linguística do precedente. Logo, permanecem válidas as considerações de Habermas, Gadamer e Ricoeur.

que provém sustentáculo ao que será confrontado com o ordenamento no S4. Já o julgador ingressa em outro plano no qual ele tanto realiza o percurso S1 a S4 quanto aos documentos legais como também realiza um S3 e S4 em relação ao que lhe é consignado pelos atores processuais.

Tem-se aqui uma base semiótica para a formação do precedente judicial, identificando como é cunhada a *ratio decidendi* ou razão de decidir. A importância de uma legitimação contenciosa é determinante para auferir o grau de racionalidade e legitimidade da decisão, em especial porque é através dos argumentos deduzidos pelo julgador que o precedente será manejado pelos operadores do direito. A razão de decidir é o núcleo do precedente, formada pela significação atribuída ao repertório de significantes que é introduzido pela cooperação entre as partes e confrontados argumentativamente pelo magistrado, elencando quais os fundamentos determinantes da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o sujeito é instância realizadora e reflexiva, portanto, incompatível com a estagnação sediada num logocentrismo, que se postará a favor de um novo projeto de sociedade e de Estado. Um projeto cunhado pelo sentido de desapego a outras fontes que não as situadas no pensamento pós-metafísico, isto é, o sentido contido no pensamento descomprometido com verdades absolutas advindas de um platô valorativo único, tal como o conjunto de dogmas religiosos ligados a um Deus onipotente e onipresente ou até numa ordem natural das coisas, concebida pela só observação, radicada na tradição e na experiência, como se deu pelas lentes do nominalismo e do empirismo.

Esse novo sujeito, cuja condição de existencialidade só se concebe a partir da intersubjetividade, enquanto pressuposto para a construção/desconstrução de verdades consensuais. Compreende-se, assim, o processo de secularização da sociedade, geneticamente absorvido pela

potencialidade desse novo sujeito, imerso na mundanidade da vida, enquanto estoque cultural de experiências vividas e compartilhadas.

De igual modo, essa mesma sociedade que se seculariza, enquanto processo social de desvinculação de verdades metafísicas, também contribui para outro processo, desta feita, um processo político de laicidade do Estado, no sentido de sua neutralidade frente a valores religiosos ou fontes de fé. Com isso toda forma de exercício do poder do Estado restará justificada pela ruptura com esses paradigmas anteriores. Agora, não é mais a sociedade unificada em torno de um só centro de legitimação metafísica, mas a sociedade secularizada, marcada pela liberdade do pensamento e da ação, segundo uma moral secular, além de um Estado, que também não se legitima pela deificação de um poder encarnado na terra, mas protagonizado agora pela racionalidade do seu exercício, termina se voltando ao alcance de fins que se justificam na cena real, aqui e agora, face a face.

Para albergar o pluralismo desta nova sociedade, a atividade estatal deve estar aberta ao pleno diálogo com o cidadão, fazendo refletir esta conduta no poder judiciário, que deverá cooperar diretamente com a sociedade civil nas questões mais sensíveis. Não obstante, a cooperação deverá ocorrer como uma ação comunicativa, nos termos do que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil.

Essa cooperação é materializada como um dever compartilhado entre todos os atores processuais. Os juízes devem cooperar com as partes, observando toda a argumentação desenvolvida, enquanto as partes devem cooperar sob pena de incidir nas penalidades da litigância de má-fé. Por isso a única resposta correta possível para os processos judiciais será aquela que for construída procedimental e racionalmente, através do esforço comum entre julgador e partes.

A maneira de fiscalizar o cumprimento da cooperação será por intermédio da fundamentação da decisão, cuja construção se dá através do confronto entre todos os atos de fala lançados dentro do processo. Logo, os atores processuais contribuem para o repertório de significantes possíveis do julgador, que

produzirá a decisão-significado a partir da ponderação de todos os argumentos, repousando aí o cerne da razão de decidir que cristalizará o futuro precedente judicial.

Assim, o estudo encerra concluindo que o Código de Processo Civil de 2015 implementou o modelo de democracia deliberativa no âmbito do poder judiciário, o qual passa a operacionalizar suas decisões dentro dos postulados procedimentais. Cabe esperar se essas premissas permanecerão conforme foram elaboradas ou se haverá mudanças ao longo do tempo a partir da interpretação daquela legislação.

REFERÊNCIAS FINAIS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**: o constructivismo lógico-semântico. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CHAMBERS, Simone. Deliberative democracy. *In*: ALLEN, Amy. MENDIETA, Eduardo. (Orgs.). **The Cambridge Habermas Lexicon**. Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 94 - 97.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002..

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2016.

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

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

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume I. Salvador: JusPodivum, 2008. p. 541 - 574.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivum, 2008. p. 125 -150.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. JORDÃO, Marco Aurélio de Medeiros. A figura do Amicus Curiae e a concretização da democracia deliberativa pela justiça constitucional brasileira. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, Canoas/RS, v. 5, n. 1, p.27-39, 24 maio 2017. Semestral. Centro Universitário La Salle - UNILASALLE.
<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.2743>. Disponível em:
<<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2743>>. Acesso em: 14 fev. 2018

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

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Direito, racionalidade da jurisdição e acesso à justiça: uma visão a partir de Jürgen Habermas. In: ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. CONSANI, Cristina Foroni. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. CASTO, Celso Luiz Braga de. (Orgs.). **Acesso à justiça: perspectivas jusfilosóficas**. Salvador: Motres, 2018. p. 33 - 52.

RICOEUR, Paul. **O justo: a justiça como regra moral e como instituição**. Volume I. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. (Orgs.) **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37 - 54.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2012.