

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**GUILHERME RAIMUNDO DA SILVA**

**O PROCESSO JUDICIAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE CELERIDADE  
E LEGITIMIDADE**

**POUSO ALEGRE – MG**

**2015**

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**GUILHERME RAIMUNDO DA SILVA**

**O PROCESSO JUDICIAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE CELERIDADE  
E LEGITIMIDADE**

Projeto de Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, área de concentração: Constitucionalismo e Democracia.

**ORIENTADOR:** Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

**POUSO ALEGRE – MG**

**2015**

S586p

SILVA, Guilherme Raimundo da.

O Processo Jurisdicional no Estado Democrático de Direito:  
entre celeridade e legitimidade / Guilherme Raimundo da Silva.  
Pouso Alegre – MG, 2016.

131f.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do  
Sul de Minas.

1. Processo Jurisdicional 2. Estado Democrático de Direito 3.  
Legitimidade 4. Celeridade 5. Procedimentalismo

D-340

GUILHERME RAIMUNDO DA SILVA

O PROCESSO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE  
CELERIDADE E LEGITIMIDADE

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 08/03/2016

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz  
Faculdades Metropolitanas Unidas

---

Prof. Cláudia Mansani Queda de Toledo  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

POUSO ALEGRE-MG  
2015

“Para meu Deus, eterna gratidão  
do meu passado e esperança do  
meu futuro. Para meu Pai, minha  
mãe e meu irmão sempre presentes  
em todos os tempos”.

# AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni pela sua disponibilidade e dedicação nas orientações e por ser minha referência na ciência e na pesquisa.

Aos queridos professores pelas aulas que tanto enriqueceram o saber nestes anos, aos funcionários e à toda FDSM pela acolhida, em especial à Juliana que sempre com carinho me acolheu no PPGD.

À CAPES pela concessão da taxa escolar que foi imprescindível para a conclusão desta pesquisa.

Aos colegas de turma que dividiram as ansiedades e alegrias neste tempo, na pessoa de Isabela Franco, Robson, Giovana, Tiago, Pâmela, Daniele e Damáris.

Aos membros do grupo de pesquisa Margens do Direito.

Às minhas colegas de trabalho que me ajudaram sempre na profissão, em especial à Luciana pelo apoio de sempre.

À Professora Nivalda e à Unifenas pelo despertar na pesquisa e pelo incentivo no Mestrado.

Aos irmãos da Comunidade Mãe da Divina Providência Javé Nissi pelas orações e partilha da vida em comum.

À mãe Reja, ao Pai Jumar e irmão Gustavo por serem meu sustento neste tempo e todos de minha família pela paz que me dão.

À Deus Pai, Jesus nosso Senhor e ao Espírito Santo advogado das causas divinas e à mãe Maria pela poderosa intercessão.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há  
tempo para todo o propósito debaixo do céu.  
Há tempo de nascer, e tempo de morrer;  
Tempo de plantar, e tempo de colher;  
Tempo de derrubar, e tempo de edificar;  
Tempo de chorar, e tempo de rir;  
Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar  
pedras;  
Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de  
guardar, e tempo de lançar fora;  
Tempo de silêncio, e tempo de fala;  
Tempo de amar, e tempo de odiar; Tempo de  
guerra, e tempo de paz”.  
Eclesiastes 3, 1-8

## RESUMO

SILVA, Guilherme Raimundo da. O processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito: entre celeridade e legitimidade. 2015. 127f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

Algumas reformas influenciadas pelo movimento reformista processual no mundo todo alavancaram a concepção de “celeridade” ou de “efetividade” como um direito fundamental. Em nosso país os movimentos provenientes do Estado Social culminaram em reformas processuais com vistas à informalidade, a judicialização de pequenas causas e protagonismo dos *alternative dispute resolutions* – a conciliação, a mediação e a arbitragem. Nesta perspectiva o discurso da celeridade se emoldura na Constituição na forma de Princípio da duração razoável do processo. Contudo, a celeridade agressiva pode trazer déficits de legitimação da decisão jurídica nos processos judiciais dentro do Estado Democrático de Direito. A questão central desta pesquisa é refletir sobre as possibilidades de se estabelecer um *medium* a partir da tensão entre celeridade e legitimidade dos processos jurisdicionais, analisando, de um lado, as exigências sociais de efetividade e, de outro, as expectativas de segurança e correção das garantias do devido processo legal. Para o desenvolvimento deste problema conta-se com a participação da concepção procedimentalista do Direito, a partir de Jurgen Habermas, que se mostra como um autêntico paradigma do Direito na sociedade democrática globalizada. O procedimentalismo traz uma contribuição filosófica e política no sentido de ampliar ou ultrapassar as limitadas dimensões dogmáticas, racionalistas e tecnicamente instrumentais modernas, possibilitando ao processo jurisdicional uma visão estendida do Direito e da própria dimensão humana a partir de ações comunicativas, abordando o processo em torno de uma dimensão pluralista e democrática. Nesta dinâmica de se mediar os anseios de celeridade e legitimidade, compreende-se inicialmente que as expectativas de legitimação devem ser mais fortemente pretendidas e as de celeridade menos fortemente. A agressividade da antecipação e a manipulação do tempo processual podem comprometer não somente a legitimação da decisão jurídica, como também os direitos fundamentais, as garantias constitucionais democráticas e o ideal emancipatório discursivo. Verificando a ação comunicativa como meio de descolonização dos processos jurisdicionais, podemos experimentar a possibilidade de um conhecimento mais emancipatório das decisões jurídicas no contexto do constitucionalismo e democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo jurisdicional; Estado democrático de Direito; Celeridade; Legitimidade; Procedimentalismo.

## ABSTRACT

SILVA, Guilherme Raimundo da. The judicial proceedings in the Democratic State of Law: between celerity and legitimacy. 2015. 127f. Dissertation (Masters in Constitutionalism and Democracy) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2015.

Some reforms influenced by procedural reform movement worldwide have leveraged the concept of "celerity" or "effectiveness" as a fundamental right. In our country moves from the welfare state resulted in procedural reforms aimed at informality, the legalization of small claims and role of *alternative dispute resolutions* - conciliation, mediation and arbitration. In this perspective the speed of speech is framed in the Constitution in the form principle of reasonable duration of the process. However, the aggressive speed can bring legitimacy deficits of the legal decision in judicial proceedings within the democratic state of law. The central question of this research is to discuss the possibilities of establishing a *medium* from the tension between speed and legitimacy of the judicial proceedings, analyzing, on the one hand, the social requirements of effectiveness and, on the other, the security expectations and correcting of guarantees of due process. To develop this problem it is counted on the participation of proceduralist conception of law, from Jurgen Habermas, who appears as an authentic paradigm of law in the global democratic society. Proceduralism brings a philosophical and political contribution to broaden or exceed the limited dogmatic dimensions, rationalists and technically modern instrumental, providing the legal proceedings an extended view of the law and of the human dimension from communicative actions, addressing the process around a pluralistic dimension and democratic. In this dynamic to mediate the wishes of speed and legitimacy, it is understood that initially the legitimate expectations should be more strongly required for speed and less strongly. The aggressiveness of anticipation and handling of procedural time, may damage not only the legitimacy of the legal decision, but also the fundamental rights, democratic constitutional guarantees and the emancipatory discourse ideal. Verifying communicative action as a means of decolonization of court proceedings, we can experience the possibility of a more emancipatory knowledge of legal decisions in the context of constitutionalism and democracy.

**Keywords:** Legal Proceedings; Democratic State of Law; Celerity; Legitimacy; Proceduralism.

# SUMÁRIO

|  |            |
|--|------------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>8</b>   |
| <b>1 FACES DA JURISDIÇÃO .....</b>   | <b>14</b>  |
| 1.1. O Tempo da Jurisdição .....   | 14         |
| 1.2 Três modelos jurisdicionais: entre a lei, a decisão e a democracia .....                       | 25         |
| 1.3 O discurso da urgência .....   | 37         |
| 1.4 Reformismo processual e a concepção instrumentalista de processo.....                          | 45         |
| <b>2 A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA CONCEPÇÃO PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS .....</b>                | <b>56</b>  |
| 2.1 O agir comunicativo e as pretensões de validade .....  | 56         |
| 2.2 Os princípios do discurso .....  | 63         |
| 2.3 As regras do discurso e o consenso pelo melhor argumento .....                                 | 68         |
| 2.4 A legitimidade procedimental: entre Constitucionalismo e Democracia .....                      | 73         |
| <b>3 MEIOS ALTERNATIVOS E <i>MEDIUM</i>: ENTRE A EFETIVIDADE E A LEGITIMIDADE DO DIREITO .....</b> | <b>83</b>  |
| 3.1 O protagonismo dos <i>alternative dispute resolutions</i> no processo civil contemporâneo .... | 83         |
| 3.2 A jurisdição procedimentalista .....   | 95         |
| 3.3 O sentido da efetividade: entre celeridade e legitimidade .....                                | 106        |
| 3.4 Consenso e Diferença: O procedimento entre Habermas e Luhmann.....                             | 111        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>119</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>125</b> |

## INTRODUÇÃO

Os esforços que pretendem compreender a atividade e a função da jurisdição no tempo presente convida à uma reflexão paradigmática e à uma abordagem política. Desde o surgimento do Estado moderno, e os paradigmas de estado liberal e estado social percebe-se uma forte compreensão de que a jurisdição está estritamente relacionada ao direito positivo e ao exercício do poder de decisão dos juízes. Contudo, o pluralismo jurídico, político e cultural de nossa sociedade contemporânea e o atual estágio do Estado Democrático de Direito clamam por um paradigma adequado às novas realidades e situações do contexto social. Fala-se do paradigma procedimentalista do Direito. Entretanto para que se construa uma jurisdição coesa com a complexidade de um Estado Democrático é preciso debater alguns pontos, superar algumas interpretações paradigmáticas e enfrentar problemas que tomam o Judiciário no tempo presente.

O movimento de acesso à justiça e o protagonismo dos juízes na decisão jurídica tem produzido reflexos significativos na administração da Justiça no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. A tradição de que o poder da decisão jurídica e de resolução dos litígios está unicamente presente na pessoa do juiz está radicada na cultura jurídica países latino-americanos, fazendo com que o aumento da litigação, como a judicialização da política e dos direitos fundamentais sociais, leve a jurisdição ao que hoje se chama de morosidade.

De fato, a busca obsessiva pela jurisdição, ocasiona certa absolutização da decisão judicial, fortalecendo a jurisprudência sobre a lei e sobre os costumes sociais, colocando o Poder Judiciário sobre os demais. Nesta realidade o cidadão litigante se depara com um direito fundamental de acesso à justiça inefetivo, uma vez que o Estado-juiz não consegue atender a todas as demandas conforme o modo exigido. Diante da urgencialidade do clamor social cresce de outro lado a impaciência do jurisdicionado e o sentimento de incredibilidade

da atividade judicial. Outros fatores sociológicos, políticos e econômicos influenciam este fenômeno: a inoperância do Legislativo e do Executivo, o insuficiente investimento na administração do próprio Judiciário, a má qualidade dos serviços públicos jurisdicionais, a desqualificação dos servidores, e a burocratização excessiva dos procedimentos, entre outros.

As discussões a respeito deste problema e a busca por um estado de urgência das atividades jurisdicionais refletem na agressiva tendência atual de combate às manobras protelatórias e ofensivas da efetividade. Com as transformações estatais e o avanço consequente das reformas processuais, fortaleceu-se a ideia de jurisdição moderna apta a objetivar escopos metajurídicos, mesmo que para isso deva afastar procedimentos legais em prol de uma concepção denominada instrumental. Ganha relevância assim a corrente moderna que aposta na deformalização dos procedimentos. Essa tendência reflete a lógica moderna de fortalecimento do poder estatal sobre as normas e garantias legais.

Algumas reformas influenciadas pelo movimento reformista processual no mundo alavancaram a concepção da “celeridade” ou da “efetividade” como um direito fundamental. Desde o Projeto Florença de Acesso à Justiça, passa-se pela socialização processual, de modo a superar a onerosidade, o liberalismo e o distanciamento do cidadão para com a justiça. No Brasil as reformas provenientes do Estado Social culminaram em reformas processuais como na judicialização das pequenas causas e no protagonismo dos *alternative dispute resolutions* – a conciliação, arbitragem e a mediação - como substitutos do processo. Nota-se que o discurso da efetividade se emoldura na Constituição na forma de Princípio da Duração razoável do Processo. De fato, este discurso se enfatiza no surgimento do Estado Democrático de Direito e nas mudanças do movimento denominado neoconstitucionalismo.

À medida que o Estado se democratiza, aumenta sua complexidade. Assim, as expectativas de um processo condizente com o discurso e o consenso democrático entre seus participantes, convida à busca por um paradigma processual condizente com o Estado Democrático de Direito. Nesta investigação conceberemos este ideal à luz da teoria pós-positivista procedimentalista de Jurgen Habermas.

Os projetos e esforços de reconstrução processual no Brasil culminaram a edição de um Código de Processo Civil em 2015 idealizado a partir da instrumentalidade e da celeridade. Os *alternative dispute resolutions*, especialmente a mediação, atuariam como métodos capazes de efetivar a duração razoável do processo e a celeridade processual.

Se por um lado, a celeridade e efetividade da atividade jurisdicional propõe um avanço na cultura processual brasileira capaz de perspectivar um novo processo, que prime pela solução rápida e pacificadora a partir de seus vários mecanismos como os métodos alternativos, por outro lado, tem-se que o desenvolvimento agressivo e radicalmente veloz desta tendência, por vezes incontrolável, como se tem evidenciado na prática, pode colocar em risco a legitimidade do procedimento, provocando ameaças a direitos fundamentais e supressão de garantias jurisdicionais como a ampla defesa, o contraditório e a igualdade.

O problema da celeridade agressiva dos processos judiciais no Estado Democrático de Direito leva a um déficit de legitimação sob a ótica procedimentalista no direito contemporâneo. A possibilidade de perda da segurança jurídica processual, da correção e das garantias do *due process of law* nesta manobra excessiva, mostra-se como uma hipótese quase que confirmada.

Nota-se a um primeiro momento que o principal objetivo desta tendência processualística é o desafogamento urgencial e a redução desmedida da massa processual. Nesta perspectiva, a utilização dos *alternative dispute resolutions* como imposição generalizada mostra-se imprudente.

Busca-se um paradigma de jurisdição que valorize a linguagem, o discurso e a principiologia constitucional. Assim a decisão jurídica não será atividade exclusiva do julgador ou atividade libertinosa das partes, mas terá por referencial a legitimidade por meio dos princípios procedimentais do discurso.

Portanto, a questão central desta pesquisa é refletir sobre as possibilidades de se estabelecer um *medium* a partir da tensão entre celeridade e legitimidade dos processos judiciais no Estado Democrático de Direito contemporâneo, analisando, de um lado, as exigências sociais de efetividade dos processos judiciais e, de outro, as expectativas de segurança e correção das garantias do devido processo legal.

Há de um lado o discurso da urgência ou da necessidade rápida da decisão e de outro o discurso da legitimidade do procedimento que levou àquela decisão. Por isso, perspectiva-se a possibilidade de mediação entre ambos, a partir da concepção contemporânea procedimentalista, no sentido de limitar as utilizações estabelecendo um paradigma na teoria do processo contemporâneo. A linguagem, o discurso e o consenso tornam-se peças

fundamentais nesta abordagem. Desse modo para se obter uma jurisdição coesa com as expectativas do Estado Democrático de Direito é necessário concebê-la como um resultado da linguagem procedimental, do discurso e da principiologia constitucional

Para o desenvolvimento do trabalho conta-se com a participação da concepção procedimentalista do Direito, a partir de Jurgen Habermas. A partir desta perspectiva jurídica, no geral, este estudo objetiva analisar o problema da tensão entre a efetividade dos processos judiciais e a legitimidade da decisão jurídica segundo condições ideais.

O procedimentalismo discursivo mostra-se como um autêntico paradigma do Direito no contexto da sociedade democrática globalizada. Pelo procedimento formal podemos encontrar a garantia da liberdade, do convencimento recíproco entre os participantes, entre as normas e seus destinatários, entre a autonomia pública e a autonomia privada oferecendo as bases para a legitimação do resultado pelo procedimento do discurso. Neste diapasão os *alternative dispute resolutions* se aproximam dos ideais procedimentais democráticos quando utilizados como meio legítimo, corretivo e válido para a obtenção do consenso nas esferas jurisdicionais.

No primeiro capítulo o trabalho objetiva analisar a principal concepção de jurisdição no presente. Para isso será feita uma pequena explanação de como que a questão da solução jurídica dos problemas individuais e sociais eram enfrentadas na antiguidade, por meio do consenso, no medievo, por meio das tradições, e na modernidade pela lei e pelas decisões. Assim serão revisitados os modelos processuais nos paradigmas modernos de Estado Liberal e Social, trabalhando-se na perspectiva dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes de François Ost<sup>1</sup>. Em seguida será analisada a tendência ao discurso da celeridade na jurisdição a partir do movimento universal de acesso à justiça e das amplas reformas processuais que culminaram no estabelecimento de uma concepção instrumentalista de processo jurisdicional. Por fim, perspectiva-se a jurisdição de Hermes, empregada em métodos orientados ao consenso como base para a construção analítica de uma jurisdição comunicativa procedimentalista sob o marco de Estado Democrático.

---

<sup>1</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>.

O segundo capítulo, utilizando-se de uma técnica de pesquisa bibliográfica, se ocupará da analítica da pragmática formal de Jurgen Habermas<sup>2</sup> e a sua teoria da ação comunicativa, descrevendo os princípios e regras do discurso racional comunicativo e a construção de um novo paradigma próprio de um Estado Democrático de Direito no contexto do constitucionalismo e democracia.

Por fim, se estabelecerá um *medium* entre o procedimentalismo discursivo e os institutos da mediação e conciliação, oferecendo as condições necessárias à mediação da tensão entre o sentido da efetividade e a legitimidade no Processo Civil no Estado Democrático de Direito. A partir destes pontos serão ditadas as premissas e bases para a utilização procedimental dos *alternative dispute resolutions* especialmente a mediação para se estabelecer o sentido de uma nova concepção processual correspondente ao Estado Democrático, e possibilitando diretrizes práticas para a utilização das técnicas instrumentais no Código de Processo Civil de 2015.

O trabalho traz ainda à reflexão de algumas críticas, em especial de Niklas Luhmann, à teoria do discurso de Habermas, fornecendo sumariamente os fundamentos para sua aplicação no mundo da vida, perspectivando outra ótica na interpretação jurídica e na teoria da decisão jurídica no direito contemporâneo.

Trabalha-se na hipótese de coesão entre processo jurisdicional civil e democracia, valendo-se do procedimentalismo discursivo, a fim de que as ações sejam comunicativas orientadas ao entendimento entre todos os concernidos e não ações instrumentais orientadas ao êxito. A partir do momento em que se compreende o consenso como legitimador do discurso jurídico, se verifica a efetivação das pretensões que ensejaram o discurso. Por outro lado, se se verifica aceleradamente interesses orientados ao êxito econômico e político não haverá aceitações por parte dos envolvidos, levando ao sentimento de inefetividade e ilegitimação. Nesta ceara, os métodos alternativos de resolução dos conflitos no contexto de jurisdição procedimentalista levarão o processo jurisdicional às condições ideais de legitimidade.

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I e II.

HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola. 2007.

Diante de um futuro quase incerto em não há perspectivas duradouras ou aceitáveis de legitimação das questões que envolvem o Direito, muitas vezes em nome da urgência do instante e o clamor do presente, o que do mesmo modo não há perspectivas de força de um passado jurídico, o direito segue através dos tempos em busca de um paradigma do presente que possibilite o exercício da integração comunicativa nas esferas públicas e privadas do Estado Democrático de Direito.

# 1 FACES DA JURISDIÇÃO

“Portalis escrevia - Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; a bem dizer, não somos nós que os fazemos. Deveríamos dizer o mesmo dos livros: fazem-se com o tempo; a bem dizer, não os escrevemos”<sup>3</sup>.

## 1.1 O TEMPO DA JURISDIÇÃO

Quem se ocupa com a literatura jurídica contemporânea ou, pelo menos, a literatura jurídica em geral, se depara com frequência diante da afirmação de que a atividade de um jurista não é, ou não é apenas, uma atividade "técnica"; que, na verdade, a atividade do jurista é, ou é até mesmo, uma atividade política<sup>4</sup>. A *iuris dicio*, ou jurisdição, pode ser compreendida como a dicção do direito dentro do contexto político social. Embora nos últimos tempos tenha se mostrado uma atividade cada vez mais influenciada pela técnica ou pela instrumentalização de suas formas, é necessário fazer-se uma abordagem política de sua realização de tempos em tempos, uma vez que “as transformações nunca são uma questão puramente técnica: elas derivam de relações de força e de jogos de poder”<sup>5</sup>.

O tempo, a história, ou o “paradigma” orientam o jurista no caminho a ser percorrido em busca da interpretação, aplicação ou validação do Direito. Tudo que é concebido é retirado de um contexto, de um tempo ou uma visão de mundo e utilizado para a legitimação das ações, pretensões e decisões. À medida que o tempo muda, muda-se também

---

<sup>3</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 21.

<sup>4</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 15.

<sup>5</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 27.

a leitura do Direito, propondo-se novas perspectivas, novos obstáculos a superar e novos paradigmas a seguir.

Para se entender os paradigmas contemporâneos de jurisdição, torna-se importante, ainda que sumariamente, entender algumas particularidades históricas do processo jurisdicional tanto na antiguidade clássica, quanto na idade média para se chegar ao núcleo deste trabalho que é uma análise do processo jurisdicional moderno. Em cada um desses tempos pode ser encontrada uma concepção ou aspecto diferente da solução da lide e da legitimação da decisão jurídica.

Desde a antiguidade percebemos os sinais desta atividade. O mundo antigo, como qualquer outra época tem seu modo de expressar a ordem política e jurídica em cada civilização e em cada cultura e contexto geográfico. Interesse notar que na cultura jurídica da Grécia antiga com o apoio das grandes figuras de Platão e Aristóteles, encontramos a busca pela resolução pacífica dos conflitos com a contribuição da *eunomia*<sup>6</sup>, cuja aplicação se utilizava de uma junção entre poder e justiça trazendo aos membros da *polis* uma forma democrática e isonômica de se administrar a justiça, realizando um exercício jurisdicional intenso. Eis que no momento de profunda crise política do mundo clássico grego encontramos o momento mais ágil da antiguidade, caracterizado por profundas discórdias e particularismos locais. A transição da *polis* como lugar de exercício dos direitos políticos, da cidadania e do reconhecimento de uma política comum, para um lugar preferencial da economia e do comércio traz a gênese desta crise. Com a mercantilização da *polis* originou-se um violento conflito entre pobres e ricos, nos quais os primeiros reivindicam ampliação na assistência pública e os segundos lutam para impedir que o problema da indigência se radicalize, com medidas fiscais e redistribuição de rendas. Para salvar a unidade da *polis*, responder positivamente aos conflitos e superar as divisões sociais, a contribuição da *eunomia*, o bem da ordem coletiva, expressa um ideal muito forte no mundo clássico, a resolução pacífica dos conflitos por meio de acordos. A realização deste ideal se desenvolveria pelo binômio *demokratía-isonomía*, pelo qual todos os cidadãos, sem exclusão, tinham direito à palavra segundo o princípio primeiro da igualdade, na ordem política e jurídica da *polis*<sup>7</sup>. Assim a resolução dos conflitos pelas próprias partes marca fortemente a condução da justiça neste

---

<sup>6</sup> Na mitologia grega, Eunomia representa a disciplina, a boa ordem, e nasceu da união de Zeus, o poder, com Têmis, a justiça.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De La antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 15-18.

específico tempo e espaço, fazendo-se uso de costumes, tradições vivas ou crenças sobrenaturais formando um passado cada vez mais recomposto de tempos em tempos.

No centro da temporalidade que nos remete ao passado encontramos necessariamente a tradição, que constitui um elo entre as épocas formando uma continuidade viva da transmissão de crenças, hábitos e práticas. Podemos assim dizer que mais do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição e a sua comunicação política em forma de jurisdição organiza, atualiza e continua essa tradição pelos tempos<sup>8</sup>.

No período medieval é saliente que não havia jurisdição, e de semelhante modo a administração da justiça exercia-se por meio de técnicas e regras deontológicas, transmitidas de tempos em tempos pelos antigos juristas e reorganizadas, atualizadas, aperfeiçoadas e corrigidas pelas gerações sucessivas<sup>9</sup>. Paolo Grossi chama esse conjunto de tradições que se colocavam além do poder político e dos seus detentores de “ordem jurídica medieval”<sup>10</sup>. A ordem jurídica não podia ser considerada uma função exclusiva do Império ou do Papado, tampouco do Estado, que ainda não subsistia. Esta ordem jurídica conhecida como o *ordo iudiciarius*, encontrava seu próprio fundamento na dialética e na ética, passada de tempos em tempos e não na vontade daqueles que governavam a sociedade. Por meio de um processo ético e dialético, a ordem jurídica medieval assumia um sentido extra-estatal: ninguém poderia prescindir da *ordo* e mudar as regras do procedimento<sup>11</sup>.

Embora a cultura jurídica medieval seja muito mais complexa, não podendo ser reduzida somente a esta análise o que exigiria estudos mais profundos, é possível encontrar a mesma característica de fundo: as questões mais relevantes na vida dos cidadãos se desenvolvem fora das escassas previsões normativas, e na prática, seguem uma força normativa primária e autônoma do costume<sup>12</sup>. Assim pode-se pressupor que a existência de um *ordo iudiciarius* dado é sentido como vinculante pelos homens e pelas forças políticas

<sup>8</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 63-64.

<sup>9</sup> Ost diz que a tradição é imediatamente caracterizada por dois aspectos: a continuidade e a conformidade. Por um lado há ligação a uma dada fonte de anterioridade; por outro, existe um alinhamento num determinado foco de autoridade. O essencial na tradição é, pois a autoridade reconhecida ao passado para regular as questões daquele determinado presente. OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 64-65.

<sup>10</sup> GROSSI, Paolo. *Il Sistema Giuridico medievale e La Civiltà Comunale*. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/03\\_Paolo\\_Grossi.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/03_Paolo_Grossi.pdf)> Acesso em 01/05/2015.

<sup>11</sup> NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 14.

<sup>12</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *La Constitución Medieval*. In: *Constitución: De La antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 35.

medievais. Enquanto na antiguidade o discurso sobre a jurisdição está dirigido à constituição de uma unidade política de cidadania e paz comum, no Medieval o discurso se volta para a defesa e tutela da *ordo* dado tradicionalmente. Enquanto no tempo antigo o inimigo jurídico a ser superado é a facção, isto é, oposição grupal violenta às regras de resolução pacífica, no tempo medieval o inimigo é a arbitrariedade, ou seja, toda possibilidade e desmedida pretensão de domínio sobre a realidade juridicamente ordenada. Enquanto no tempo antigo os homens eram habituados à prática da virtude e da compreensão, no tempo medieval os homens eram habituados a gozar de liberdades concretas, estabelecidas diretamente pelo costume e práxis social, segundo o lugar e função que a cada um correspondia dentro do ordenamento jurídico dado<sup>13</sup>.

O tempo do discurso da dialética jurídica, das tradições, costumes e leis naturais dão as premissas necessárias para a entrada do tempo do discurso jurídico reformulado e institucionalizado sob a forma de direito positivo moderno. Assim o direito positivo do estado civil moderno vem, pois, explicitar e garantir uma juridicidade já bem presente no corpo social<sup>14</sup>.

A modernidade trouxe novas fontes de interpretação e aplicação jurídica, desconsiderando, não absolutamente, aquelas naturalisticamente realizadas por meio dos contextos das tradições sagradas, para considerar a interpretação do Direito como uma atividade potencial dos detentores do poder, sob seus pontos de vista estratégicos e mobilizado de um modo teleológico<sup>15</sup>.

O Estado Moderno, representante da sociedade, une e concentra o poder em todas as instâncias e se torna guardião da legitimidade das decisões e da autoridade máxima. A ação individual de resolução de conflitos sociais seja no acordo pacífico ou na autodefesa são ultrapassadas pela atividade estatal. A modernidade rompendo com as tradições feudais do medieval, coloca o Estado no papel de guardião da ordem dando-lhe o monopólio e a centralização de todas as funções públicas que hoje chamamos de administração, legislação e

---

<sup>13</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *La Constitución Medieval*. In: *Constitución: De La antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 38.

<sup>14</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 64-71.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 175.

jurisdição. A organização burocrática se torna então fundamental para a materialização do Estado e a administração da justiça<sup>16</sup>.

Com a organização social pela via estatal, tem-se um entrelaçamento entre o direito e o poder político. Habermas também diz que o Estado torna possível, em primeiro lugar, a institucionalização de processos jurisdicionais e de imposição do direito, os quais antecedem os grupos em litígio e se encontram acima deles; em segundo lugar, o Estado só se constitui na figura de uma hierarquia de cargos e funções, legitimando-se, ao mesmo tempo através da forma jurídica e do exercício administrativo do poder<sup>17</sup>.

Mais precisamente a jurisdição moderna, para o controle da sua função, forma os elementos do sistema jurídico: normas legais e decisões judiciais. Para as primeiras tem-se a figura do legislador, como protagonista da juridicidade e para as últimas, o Estado moderno escolheu dentre os homens aquele que teria poder e autoridade para assumir o papel de comunicador do Direito por meio da decisão, o que para Montesquieu seria chamado de “boca da Lei”, representado pela figura dos juízes<sup>18</sup>.

A modernidade traz as primeiras noções de jurisdição por meio do Estado, que se volta precipuamente para a tarefa-fim de estabelecer a pacificação social. Para isso o monopólio da decisão jurídica pelo Estado propiciava a manutenção do aparelho de contenção de conflitos. Assim por meio de um “Contrato Social<sup>19</sup>”, o indivíduo se despoja de tudo, exceto da vida, transferindo o asseguramento dos interesses à sociedade política, especificamente ao soberano<sup>20</sup>. Para isso a modernidade traz uma leitura do Direito no sentido positivo e como ponto de partida ela toma a técnica da codificação.

Tarello diz que “o ponto de partida necessário para esclarecer o processo de tecnificação da ciência jurídica e atividades profissionais de juristas é a codificação<sup>21</sup>”.

---

<sup>16</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 28-29.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 103.

<sup>18</sup> MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. In: Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 208.

<sup>19</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Edição eletrônica: Editora Ridendo Castigat Mores, 1762.

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 35-36

<sup>21</sup> “Punto di partenza necessario per chiarire il processo di tecnicizzazione dela scienza giuridica e dele attività professionali dei giuristi é la codificazione”. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 18. Para o autor “Código” e “codificação” são vocábulos de ascendência remota

Fala-se do processo de codificação constitucional, civil, criminal, comercial, com ampla relação aos eventos estruturais e culturais do século XVIII, nos quais as primeiras codificações modernas destinam-se e juntam-se à administração político-organizacional do Estado. Resta dizer algo, em introdução, a respeito disso: a codificação de procedimentos jurisdicionais, de fato, não só tem sido muito importante a partir de uma técnica, mas também teve implicações importantes no âmbito político e organizacional<sup>22</sup>. A partir da instituição de procedimentos técnicos seria possível o Estado controlar a jurisdição e resolver os conflitos sociais. É neste momento que nasce o positivismo<sup>23</sup> e o reforço de uma teoria do Estado de Direito, cujo império pertence às leis.

Embora haja ainda ordens jurídicas em que o poder político não é domesticado sob a forma de Estado de Direito, todo domínio político-jurisdicional é exercido então, sob a forma de Direito<sup>24</sup>. Compreende-se, pois, que o Direito moderno positivo, simplificado e codificado atua como assegurador dos objetivos do Estado e é capaz de dar uma solução justa para os problemas sociais levados ao Estado. Contudo a verificação do Direito como um projeto de resolução dos conflitos sociais já é tida desde o mundo antigo romano, o que faz-nos observar que o conceito tradicional de jurisdição pode ser retirado então, do Direito Romano e se desenvolveu nos Estados Social e Liberal modernos. Pode-se dizer assim que a principal concepção moderna de jurisdição visualiza-a como um projeto de resolução de

---

que, como os seus correspondentes em outras línguas românicas derivadas do latim *codex* (o livro compacto e costurado na lombada), durante o século XVIII se especializam como vocábulos jurídicos. Primeiramente, se chamaram *codex* (codice, code, código) todos os livros que continham materiais constituídos de expressões dotadas de autoridade jurídica (materiais novos ou velhos, recolhidos por privados ou autoridades oficiais). Depois, denominou-se “código” o conteúdo desses livros, isto é, simplesmente “o direito”, enquanto dotado de uma ordem intrínseca e extrínseca, como aquela que aparece no índice do livro: e falou-se em “dar-se um código” para dizer “dar-se um direito”, em “código da natureza” para dizer “direito da natureza”. Finalmente se disse código, com vocábulo agora especializado, um livro de regras jurídicas organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração. TARELLO, Giovanni. *Ideologias setecentistas da codificação e estruturas dos códigos*. In: Revista Meritum, v. 3, n. 2, p. 5-31, jul-dez 2008, p. 7.

<sup>22</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 41.

<sup>23</sup> O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo fatos. Fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa positividade será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, as leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. Destacando que o positivismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno cumulado com a tradição jurídica de determinado espaço. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31 -33.

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola. 2007, p.285.

conflitos e de pacificação social através de um conjunto de técnicas, códigos, peças e procedimentos.

Enquanto a jurisdição, no sentido moderno da palavra, não for distinguida de outras atividades administrativas e outras manifestações do exercício do poder político ocorrerão tendências para diferenciação de procedimentos e da concepção dos procedimentos como as práticas de cada órgão. O resultado dessas tendências foi a concepção do processo – *procedere* - como um conjunto de formas, termos e peças processuais. A partir do momento em que a jurisdição é concebida como função distinta, ou como função de aplicação do Direito, há tendência à unificação dos procedimentos, pelo menos dentro dos limites das distinções dos direitos a serem aplicados (civil, criminal, comercial, etc.), e uma tendência em se entender a função aplicativa do direito como uma prática piedosa. Em particular, enquanto a jurisdição passou a ser entendida como a disciplina dos direitos subjetivos, os procedimentos devem ser bem considerados<sup>25</sup>.

A observação do processo jurisdicional como um conjunto objetivo de procedimentos, peças e leis torna-se mais explícita no período moderno do Estado liberal, no qual há uma prevalência e protagonismo das partes perante o processo baseando-se em fatos e direitos necessariamente escritos e apresentados a um juiz legalista e absenteísta. A Lei mostrava-se como verdadeiro conceito de Direito, uma vez que assume o papel de asseguradora dos direitos individuais perante os conflitos sociais e principalmente perante o próprio Estado, haja vista a separação entre Estado e sociedade civil. O Estado Liberal moldou de maneira significativa os contornos do Estado de Direito, entendendo a importância da Lei, enquanto identificação do Direito, e sua titularidade exclusiva conferida ao Legislador, ao qual aparecia como único protagonista da juridicidade<sup>26</sup>, enquanto o juiz era apenas a boca que proferia as sentenças da lei<sup>27</sup>.

De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre toda a realidade. Aparecem, portanto, desde o primeiro período do positivismo, problemas

---

<sup>25</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 41.

<sup>26</sup> ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. *O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. In: Revista de Novos Estudos Jurídicos, versão eletrônica. Vol. 16, n. 2, p. 150-169, mai-ago 2011, p. 154.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. In: Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 208.

relativos à interpretação dos códigos<sup>28</sup>. No início do século XX, com o crescimento avassalador do poder regulatório do Estado, grandes reflexos modificaram a concepção de direito positivo. Nesse momento, percebeu-se a insuficiência e o desgaste do Direito codificado. É nesse ambiente que aparece Kelsen<sup>29</sup> que inaugura um novo positivismo<sup>30</sup>, sem que se destruía a tradição construída até então, chamado de neopositivismo e tendo por princípio metodológico na interpretação jurídica, a asseguuração da pureza do direito.

Contudo, com os avanços e movimentos das sociedades percebeu-se de algum modo que não era possível oferecer uma autêntica atividade jurisdicional baseando-se exclusivamente nas fórmulas legais, uma vez que a jurisdição não oferecia reais oportunidades de participação aos jurisdicionados, especialmente às classes sociais baixas. Inicia-se então, o tempo social da jurisdição moderna, em que predominou o movimento de socialização processual no sentido de se proporcionar aos cidadãos o amplo direito de acesso à justiça e participação na jurisdição, não somente de maneira escrita e legista, mas também de modo oral, informal e técnico, diante de um juiz assistencialista que decide inclusive conforme sua consciência, experiência e equidade. Neste tempo o processo jurisdicional foi cada vez mais se colocando também como um efetivo instrumento de restauração de direitos violados. Assim reforça-se a ideia de que o Processo sempre foi utilizado não para suprir unicamente os interesses individuais das partes, mas, sobretudo o interesse social do Estado de zelar pela ordem e valores comuns.

Na verdade, em toda a evolução do processo civil ocidental de caris romano-germânico observa-se uma orientação constante no sentido de superação das excessivas fórmulas que provocam rigidez formal no processo, muitas vezes impostas aos seus

---

<sup>28</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Nesta linha também HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad.: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>30</sup> A expressão neopositivismo de Kelsen é utilizada no sentido de que o autor segue a linha do positivismo lógico do Círculo de Viena, com a combinação de aportes teóricos da matriz neokantiana do conhecimento. Kelsen contestava o positivismo clássico e para isso fundava seu argumento no ideal de banir toda e qualquer pressuposição metafísica do conhecimento jurídico. O positivismo de Kelsen não é um positivismo exegético, mas normativista. Ele não separa o direito da moral, mas a ciência do Direito da moral. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 146.

partícipes, em favor cada vez mais de uma acentuada liberdade e flexibilidade das formas procedimentais<sup>31</sup>.

O direito e o processo civil sofrem reformas legislativas justificadas pela rejeição ao liberalismo e necessidade de ascensão de um Estado Social. O processo deixa de ser um afazer privado, na medida em que passa a desempenhar uma função pública e soberana. Assim o processo não apenas serviria para tutelar interesses privados, mas também para realizar o interesse público de administração da justiça<sup>32</sup>. Esse pensamento foi reforçado no século XX com o fomento do constitucionalismo. A passagem do Estado positivista para o Estado Constitucional é para alguns teóricos o início da concepção de processo como algo além de um instrumento técnico neutro, podendo se vislumbrar a jurisdição como uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas do poder<sup>33</sup>.

O constitucionalismo trouxe um conjunto de doutrinas dedicadas a recuperar o horizonte de uma lei constitucional que medie o poder e garantias, uma lei certa, através da qual fosse possível estabilizar a vida e os bens individuais e, então, criar as condições para que pudessem começar a tomar forma de direitos individuais<sup>34</sup>. A procura por um paradigma “pós-moderno” se desenvolve com o auxílio da Constituição e do modelo democrático, que na *polis* era utilizado para auxiliar a obtenção do consenso nas argumentações jurídicas dos cidadãos com vistas à resolução dos conflitos. A importância do constitucionalismo toma seu ápice quando é iniciado um período com significativas modificações nos textos constitucionais, mais precisamente no século XX, após a segunda guerra mundial, que podem ser explicadas pelo que muitos autores chamam de neoconstitucionalismo. As constituições a partir desse período se limitam ainda mais a estabelecer a separação dos poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, novos limites para o Poder Público<sup>35</sup>. Com o

<sup>31</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

<sup>32</sup> TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. p. 188 apud ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. *O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. In: Revista de Novos Estudos Jurídicos, versão eletrônica. Vol. 16, n. 2, p. 150-169, mai-ago 2011, p. 157.

<sup>33</sup> NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.) *Reforma processual civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.18.

<sup>34</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De La antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 86.

<sup>35</sup> ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47.

aparecimento de um Estado Democrático de Direito, alteram-se os parâmetros de tratamento dos direitos e garantias dos indivíduos, colocando a dignidade da pessoa humana como valor precípua da ordem jurídica. Assim a sociedade passa a exigir uma desvinculação do Estado com a lei estrita a fim de que se favoreça a concretização de um direito que reconheça, valorize e satisfaça a moral, a justiça, a cidadania e a paz social.

O mundo vivido do presente apresenta-se como um mundo complexo e pluralista. O jurista encontra-se diante de uma difícil tarefa de estabelecer no presente um destino jurídico legítimo apto a responder aos problemas do presente. Habermas já havia expressado sua intenção de se estabelecer uma política mundial e um direito cosmopolita. O tempo democrático traz expectativas por modelos jurisdicionais que nesta tarefa primem pela igualdade jurídica das partes no processo, respeito pelas garantias, princípios e procedimentos legítimos na obtenção da decisão.

Superando os paradigmas dos tempos modernos<sup>36</sup>, que trouxeram perspectivas jurisdicionais que ora pressupõe autossuficiência e independência dos cidadãos para a defesa dos direitos e exercício da justiça – jurisdição moderna liberal – ora pressupõe a existência de hipossuficiência dos mesmos cidadãos a fim de que se tornem clientes do poder assistencial estatal<sup>37</sup>, a busca por um paradigma apto a conceber uma jurisdição procedimental-democrática exige leituras e releituras da jurisdição enquanto uma atividade política.

No percurso do tempo e das mudanças sociais, a crise moderna induz o jurista contemporâneo a reinterpretar o seu tempo jurídico ao qual muitos perspectivam sob o nome de “pós-moderno”. Nesta atividade ele realizará uma reflexão política sobre as possibilidades de se conceber um marco jurisdicional apto à corresponder de modo efetivo aos anseios da sociedade do presente.

Com o movimento das sociedades e das leis demonstrou-se que sempre é necessário avançar os critérios de legitimação do direito. É o que Habermas analisa ao dizer que antes, a sociedade correta era a que estava organizada de acordo com um programa jurídico racional e puro, todavia, a doutrina da sociedade natural, dos filósofos morais, foram

---

<sup>36</sup> Os modelos de Estado Liberal e Social, assim como na *polis* grega, são profundamente dominados pela sobreposição do fator econômico e a mercantilização dos direitos, o que como antes gerava crises políticas e jurídicas na sociedade. Vemos que estes modelos jurídicos modernos dominam até hoje a história e as práticas jurisdicionais das sociedades contemporâneas e estão comprometidos com uma visão capitalista e econômica da sociedade.

<sup>37</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

manifestando dúvidas em relação à concepção do Direito racional, como a resistência à reconstrução do Direito formal, dentro das estruturas e contextos naturais, costumes e instituições práticas<sup>38</sup>.

No tempo presente, algo importante a tomar é que para o exercício de uma jurisdição democrática, própria de um Estado constitucional democrático, é necessário entender que não somente o juiz, por meio da decisão, detém o poder de dar sentido e aplicação à norma, mas agora também e especialmente os homens “comuns”, cidadãos – autores e destinatários das normas e que dela querem tirar fundamentos de validade das suas pretensões – são chamados a exercer esta atividade.

Por isso é que uma das expectativas da jurisdição contemporânea é a possibilidade de aumentar o investimento nos jurisdicionados, principalmente por meio de métodos alternativos à jurisdição<sup>39</sup>, para o estabelecimento de uma jurisdição consensual e democrática.

Este estudo se preocupará em analisar a possibilidade de legitimação dos processos jurisdicionais diante do cenário jurisdicional de abundância de métodos alternativos à jurisdição segundo uma concepção procedimental-democrática de processo.

---

<sup>38</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 66.

<sup>39</sup> Também conhecidos mundialmente como *alternative dispute resolutions* que em tradução literal significa Resolução Alternativa de Disputas. Contudo na jurisdição do Brasil são juridicamente conhecidos como Métodos alternativos de solução dos conflitos. Apesar de na história do Direito processual haver resistências a estes mecanismos, os ADR ganharam relevância na profissão jurídica no Direito contemporâneo, mais especificamente nos últimos anos. Alguns tribunais no mundo já exigem que as partes recorram a um tipo de ADR, geralmente a Mediação, antes da análise judicial propriamente dita.

## 1.2 TRÊS MODELOS JURISDICIONAIS: ENTRE A LEI, A DECISÃO E A DEMOCRACIA

Neste tópico serão analisados os modelos de jurisdição nos paradigmas de Estado Moderno, para se chegar à construção de um Paradigma procedimental de jurisdição que nesta pesquisa encontra destaque. Para tanto serão utilizados os aportes teóricos de François Ost a respeito dos modelos jurisdicionais metaforicamente inspirados por figuras mitológicas quais sejam Júpiter, Hércules e Hermes<sup>40</sup>. Para Ost a cultura jurídica do presente seguindo os modelos modernos é construída segundo os comandos de Júpiter e Hércules, enquanto que o Estado Democrático de Direito busca a construção de uma jurisdição ideal por meio de Hermes.

No primeiro modelo de jurisdicional, o “jupiterino”, o Direito adota forma de Lei, compondo um depósito sagrado de tábulas, códigos e constituições modernas. No Direito Legal está todo o sagrado e toda a transcendência<sup>41</sup>, isto é toda a autoridade.

Jacques Derrida em seu pensamento filosófico já afirmara que a transcendência do positivo encontra-se no “fundamento místico da autoridade das leis”. A força da Lei se funda justamente pelo motivo de serem leis, não porque são ou não justas, mas porque simplesmente são leis<sup>42</sup>.

Júpiter destaca sua atuação no século XIX, no modelo Liberal de Estado. Revela-se como “o homem da Lei” e um juiz mínimo que profere julgamentos baseados unicamente na racionalidade lógico-dedutiva, seguindo um procedimento legal-positivo e seguro.

---

<sup>40</sup> Júpiter é o deus romano do dia, identificado na mitologia grega como Zeus, a mais poderosa divindade do Olimpo.

Hércules é filho de Zeus com a humana Alcmena, sendo mortal precisou executar trabalhos no mundo dos homens para conquistar a imortalidade.

Hermes ou Mercúrio é conhecido como o deus mensageiro, comunica a mensagem dos deuses, do mundo e dos infernos. Hermes também é cultuado como deus dos mercadores, presidindo intercâmbios, como um mediador universal e um grande comunicador.

<sup>41</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.102. <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2015.

<sup>42</sup> DERRIDA, Jacques. *Do direito a Justiça*. In: *Força de Lei: O fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.21.

De fato, o direito jupiterino ainda tem sido um dos principais paradigmas na aplicação do direito na práxis jurídica, inclusive no ensino jurídico acadêmico. Desse modo, percebe-se que ainda há um certo domínio do Direito codificado e positivado no pensamento jurídico do presente. O positivo de Kelsen traz a ideia de que a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. Assim o fundamento de validade de uma norma é uma norma superior, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora<sup>43</sup>.

A predominância desta teoria jurídica na dogmática e na academia se verifica no Direito Moderno com o fenômeno do constitucionalismo. Isso maximiza a racionalização formal do Direito e simplifica radicalmente a ciência jurídica e até mesmo o sistema social.

No plano processual fica clara a existência de um judiciário passivo conforme as ideologias liberais, e que não deve intervir diretamente nas partes. Um juiz também passivo, de modo a se garantir o protagonismo da legislação. A Lei também é concebida como forma de atuação do Estado que fixa de maneira duradoura, geral e abstrata as decisões fundamentais do Poder Político, estabelecendo os limites da atuação normativa do Poder Executivo e materializando as ideias de justiça na maioria parlamentar<sup>44</sup>.

Cappelletti e Garth analisam a perspectiva da jurisdição liberal a partir do direito de acesso à justiça:

Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 15.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 4.

O liberalismo influenciou um processo cada vez mais distante das partes, numa perspectiva privatista. Nas palavras de Bernardo Gonçalves e Flávio Pedron:

Nessa acepção, as inibições ao acesso à justiça correspondem aos fenômenos puramente técnicos do direito ou do poder de exercitar a ação. Entendido dessa forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se para as questões relativas ao direito invocado pelo autor, na crença de que nisso (e somente nisso) se resume a “distribuição da justiça”<sup>46</sup>.

Sob o prisma liberal o processo se desenvolvia a luz do princípio da igualdade estritamente formal. O contato com o juiz se dava unicamente pela escrita, sendo este totalmente passivo às partes. O processo era um mero instrumento de resolução dos conflitos, privado e delineado em benefício das partes. Tal concepção gerava no processo, uma impossibilidade de compensação das desigualdades sociais e econômicas<sup>47</sup>.

A neutralidade e passividade do Estado Liberal não conseguiram satisfazer as reais exigências de liberdade e igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, ocasionando um enorme descompasso na distribuição da justiça. Sendo assim as mutações do Estado no final do século XIX vão cobrar uma nova articulação do processo jurisdicional civil, tendo em vista a análise de que a liberdade formal é insuficiente para a realização da justiça social.

Para Ost o modelo legal-positivo-codificado do Direito reforça a sistematicidade e a autoridade, desvelando o monismo jurídico e a soberania estatal. Isso ainda supõe um processo de identificação nacional e centralização administrativa. Um possível perigo seria o imperativo da racionalidade dedutiva, no momento em que soluções particulares são deduzidas por regras gerais. É como que se a lei, solitariamente, garantisse todo o progresso

---

<sup>46</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88. apud TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à Justiça Qualitativo*. Dissertação. FDSM: 2012, p. 24.

<sup>47</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 74.

da história e todo o futuro – controlado – do Direito, uma vez que antecipa um estado de coisas consideradas preferíveis<sup>48</sup>.

Para expiar as faltas provocadas pelo liberalismo econômico e pela dominação do juridicismo estritamente legal, surge um herói: Hércules. Ronald Dworkin<sup>49</sup> valoriza ao extremo a figura do juiz moderno como aquele que “leva os direitos a sério”, e que para Ost constitui o segundo modelo de juiz, “o hercúleo”, muito atuante no século XX. O Juiz Hércules<sup>50</sup> é um semideus que na tarefa de julgar acaba por elevar o mundo aos seus braços estendidos. A partir de então não há Direito na forma legal, haja vista que é a decisão que cria toda a autoridade jurídica. Nesta perspectiva é focalizada a jurisprudência, ou seja, a singularidade e o caso concreto sobrepõem à generalidade e a abstração da lei. O que faz entender que não é a lei que constrói o direito, mas que este pode ser construído por meio de uma variabilidade de decisões.

A troca de Júpiter por Hércules nos retira da transcendência da lei para nos dirigir até a imanência dos interesses concretos em conflito. Historicamente vislumbramos essa transição na passagem do Liberal para o Social.

A concepção ultrapassada de jurisdição como atividade que promove tão somente a resolução de conflitos pela via legal se viu provocada a assumir papel garantista de direitos fundamentais e implementador de espaços contramajoritários para minorias que não obtinham voz nas arenas políticas institucionalizadas<sup>51</sup>. É o que se chama de litigância de interesse público.

Hércules mostra-se como um ser divino presente no mundo físico com personalidade paternal e assistencialista. Este juiz atua num Estado de índole Social

---

<sup>48</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p. 107-108. <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 03 de maio.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 309 ss.

<sup>50</sup> As proposições do juiz Hércules partem da experiência prática de um juiz que precisa decidir os casos concretos e que tem a sua disposição diversas teorias positivistas e pós-positivistas. Trata-se de uma interpretação que experiencia a prática da decisão jurídica e decide politicamente esta interpretação buscando uma justificação coerente e íntegra. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 331-332.

<sup>51</sup> NUNES, Dierle. *Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional Democrático*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 166-167.

recorrendo a valores, a ponderação de princípios e a decisões políticas no sentido de se buscar a autonomia pública do povo jurisdicionado e a pacificação social.

Cappelletti e Garth entendem a jurisdição do Estado Social como inclusiva e socializadora, a partir dos chamados movimentos de acesso à justiça, que abarcaria novos direitos e novas situações.

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* tem procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e mesmo, cidadãos<sup>52</sup>.

Nas palavras de Franz Klein, pioneiro do movimento de socialização jurisdicional na Europa, o processo não deve oferecer o direito de simples acesso à justiça, mas que o poder estatal dê integral garantia ao procedimento:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna de Estado quando a tutela jurídica for garantida de fato da assistência estatal não apenas como veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas pelo juiz e colocá-las, assim como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois tudo isso nos é escondido sob as formas e as fórmulas do processo. Nele se mostram, portanto, as barreiras à nossa força moral. A boa vontade poderia tornar o litígio judicial desnecessário. Por isso, o processo, na medida em que nenhuma época dele prescinde, exibe-se como um testemunho sempre igualmente presente da imperfeição e da fraqueza dos homens ao longo da história<sup>53</sup>.

Hércules substitui o código de Júpiter por um dossiê, ou seja, substitui um conjunto de regras por um conjunto de documentos, fatos e informações. Essa metáfora afirma a preocupação do Direito em deixar a abstração e a generalidade para adentrar o mundo da singularidade e do pragmatismo.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 5.

<sup>53</sup> KLEIN, Franz. *Zeit – und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 28 apud NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84.

Contudo as exigências sociais atuais na sociedade do presente são diferentes do passado, e as constantes modificações jurídicas fazem com que surjam novos direitos e novas situações. Assim o papel de Hércules perde notoriedade quando não corresponde de modo eficaz aos novos, plurais e complexos anseios ou quando suas decisões já não reproduzem aceitação social e efetividade prática. Assim a história encarrega-se de se esquecer, ainda que lentamente, do Paradigma Social Moderno que se mostra fraco e ilegítimo diante da alta complexidade evolutiva da sociedade.

Interessante é que muitos Estados de Direito atuais, principalmente o nosso, compartilham das racionalidades de Júpiter e de Hércules, ainda que separadamente em diversos contextos. Nas palavras de Ost, a jurisdição constitucional atual movimenta-se no fluxo da urgência, recheada por conteúdos liberais e sociais:

Seria fácil concluir, que nossa atualidade jurídica é caracterizada por uma combinação, variando de acordo com as áreas de direito, das duas racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir apenas sumariamente. A primeira teria herdado, juntamente com os códigos ou as constituições, os princípios e conceitos que estruturam a nossa disciplina; enquanto a segunda irá fornecer-nos com os juízes da justiça constitucional à justiça dos procedimentos de emergência e que agora parecem exercer o monopólio da jurisdição<sup>54</sup>.

Habermas aborda que há três modelos normativos de democracia. Se por um lado a República dá primazia à autonomia pública, por outro lado o Liberalismo dá primazia aos direitos fundamentais ou autonomia privada. O Estado Democrático deve, ao mesmo tempo, dar primazia à autonomia pública e privada<sup>55</sup>. O mundo chamado “pós-moderno” é carregado por uma complexidade muito mais ampla do que a sugerida no Liberal e no Social. Sob as condições de pluralismo social e cultural, necessita-se de um modelo que ouça e dialogue com todas as partes, para que haja efetivo cumprimento da jurisdição. Sendo assim, é o processo

---

<sup>54</sup> Sería fácil concluir, a continuación que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del Derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir sumariamente. de la primera habríamos heredado, junto a los códigos u las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionará esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*. OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.102. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2015.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola. 2007, p. 269 ss.

de deliberação intersubjetiva no Estado contemporâneo que confere legitimidade ao seu ideal de modelo jurídico. A jurisdição “pós-moderna” merece um melhor artifício teórico que os seus antecessores, pois a complexidade social é capaz de provocar profundas “crises de identidade” tanto na lei quanto na decisão.

Para fundamentar sua tese sobre o ideal de jurisdição no Estado “pós-moderno”, Ost utiliza a metáfora de Hermes, o “mensageiro dos deuses”. Ost apresenta Hermes como um “Juiz Comunicativo” e isto lhe diferencia do Juiz Hermes de Dworkin. Para Dworkin o Juiz Hermes se consagra a interpretar a lei no sentido correspondente à vontade do legislador, enquanto que para Ost a vontade do autor do texto só representa um elemento entre outros que se empregam na construção do sentido jurídico, como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, etc<sup>56</sup>.

Hermes se apresenta então como um “Juiz comunicativo” atuante no Estado Democrático de Direito. Ele se esforça por compor uma relação jurisdicional que possibilite a real participação dos envolvidos e valoriza métodos não jurisdicionais a fim de priorizar o consenso não com base em discursos de urgência e imediatismo, mas com base em discursos comunicativos e procedimentais. Sua decisão é dada por meio do procedimento, da mediação, da lealdade processual, do interagir argumentativo e dos princípios.

A comunicação proporcionada por Hermes consiste no abandono da monofonia, na qual a autoridade jurisdicional pertence a um único ser, para a experiência da polifonia com a proliferação de uma construção dialógica das decisões, sem que se caia numa cacofonia, ou vício na linguagem prejudicial à validade da comunicação. No campo jurisdicional isso é verificável na argumentação de todos os envolvidos. O direito não é dito somente por uma pessoa forte e capacitada o bastante para distinguir o certo do errado ou o direito do não direito, mas o direito é construído por meio dos argumentos e contra-argumentos depositados em um agir democrático. Mesmo que não seja totalmente possível escapar das linhas da força postas pela autoridade instituída, é possível e necessário aprender a identificar todos os nós, reparar informações e interações, fazendo com que o direito seja criado, interpretado e rediscutido pelos seus destinatários.

---

<sup>56</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.104. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2015.

O direito assim chamado pós-moderno é tido como complexo, pois se situa num momento da história em que os contornos do direito não tem se delineado nitidamente. As complexidades que formam o direito na pós-modernidade são inúmeras, como a multiplicidade de atores jurídicos, sobressaindo ainda entre estes o juiz; o protagonismo da função jurisdicional; as políticas públicas e sua influência nas relações sociais e nas normas jurídicas; multiplicação dos níveis de poder e soberania, como a supranacionalidade; a globalização. Se o Estado Liberal encontrava satisfação nas leis, e se o Estado Social satisfazer-se ia com a mudança técnica e prática de assistência para a elevação do campo social, e se ambos se tornam atualmente ineficazes diante das complexidades jurídicas, o Estado poderá instalar um marco procedimental que garanta a autonomia dos subsistemas suficientemente diferenciados e capazes de autorregular-se<sup>57</sup>.

O momento é propício para a descoberta de novos contornos na jurisdição pós-moderna, a fim de se estabelecer o exercício procedimental da comunicação democrática, haja vista que predominam ainda na jurisdição sentimentos de lucratividade, produtividade e urgencialidade na resolução das questões, próprias dos modelos jurisdicionais modernos.

Nesse sentido as ações do Estado verificam as estratégias mais fáceis e lucrativas, tanto simbólicas quanto instrumentais, para a prevenção de eventualidades ou utilização rápida do aparato jurisdicional. A técnica moderna mais conhecida e utilizada é a desregulamentação ou a deformalização de procedimentos. Ost diz que se desregula, porque a principio é uma maneira de se regulamentar de outro modo. No Direito Penal, por exemplo, se despenaliza para o proveito de desenvolvimento de outras medidas coercitivas, tais como a medicalização e a medida de segurança, quando se há comportamentos indesejáveis, a transação para crimes de menor potencial ofensivo. No Direito Civil, por exemplo, se desjudicializa para se colocar imediatamente mecanismo de mediação, conciliação e arbitragem<sup>58</sup>. Assim, a técnica da desregulamentação pode se mostrar um método eficaz, contudo fora do agir democrático-comunicativo pode arriscar a atividade jurisdicional levando-a a uma aplicação ilegítima e ineficaz.

---

<sup>57</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.117-119. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2015.

<sup>58</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007. p.120. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2015.

Criticando esta postura encontra-se a fluidez da jurisdição de Hermes, na medida em que ela traz a reflexão de que o seu Direito é ao mesmo tempo composto da dureza e rigidez dos escritos, leis, códigos e tábuas e da flexibilidade das experiências concretas e particulares, tudo isso sendo mediado pelo agir comunicativo e dialógico. Não há como negar que o Direito nesta perspectiva é uma experiência de mediação concomitante entre o estável e o efêmero, entre a estabilidade da ordem normativa e a transitoriedade dos sentimentos sociais, estabelecendo uma mediação da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Hermes então nos apresenta uma teoria lúdica e inovadora do Direito capaz de compreender os paradoxos da jurisdição pós-moderna:

Antes de ser regra e instituição, o Direito é *logos*, discurso, significado em espera. É dividido entre algumas coisas: entre a regra (que nunca é inteiramente normativa) e entre o fato (que nunca é inteiramente fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça. Dialético, ele é um pelo outro; paradoxal, é um e o outro. Só uma teoria lúdica do Direito está em condições, em nossa opinião, de dar conta das voltas e rodeios de tal racionalidade paradoxal<sup>59</sup>.

A jurisdição de Hermes, neste sentido, não está reduzida somente às convenções de Júpiter ou às invenções de Hércules, mas reflete uma decisão hermenêutica disposta a dar interpretação e validação. Hermes reúne os esforços de se conjugar o Direito com aquilo que não foi dito pelo Direito. Assim forma-se um jogo no qual o Direito apresenta-se como algo a mais do que os simples esforços desenvolvidos para uniformizar seus conceitos e homogeneizar sua técnica.

A ludicidade da jurisdição de Hermes se observa a partir da relação entre a lei e o discurso. A gênese e o desenvolvimento desta jurisdição não se verificam tão somente na lei em si, nem mesmo na causalidade exterior que a envolve, mas na circulação do discurso jurídico, na intersubjetividade e na comunicação. Habermas ilustra bem este conceito ao dizer

---

<sup>59</sup> Antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado en suspenso. Se articula “entre” las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fático), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno “por” el otro; paradójico, es el uno y el otro. Sólo una teoría lúdica del Derecho está en condiciones, en nuestra opinión, de dar cuenta de las vueltas y rodeos de tal racionalidad paradójica. OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.122. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2015.

que chama de comunicativa todas as interações entre as pessoas envolvidas nas quais se põem em comum acordo para coordenar seus planos de ação, medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade<sup>60</sup>.

A partir da dinâmica da intersubjetividade ou interlocução entre seus destinatários, o Direito de Hermes comunica não somente “o direito do ‘homem’ singular, mas, sobretudo o direito do ‘outro’ plural”. É o que Derrida chama de justiça, ou equidade jurisdicional, em diálogo com Emmanuel Levinas, ao dizer que a alteridade constitui um direito praticamente infinito<sup>61</sup>.

Como uma dinâmica discursiva e comunicativa, a dinâmica jurisdicional não constitui uma desordem ou embaraço a justiça. A técnica da argumentação intercomunicativa respeita as autoridades impostas, os procedimentos legais, os momentos e lugares comuns e diferentes, para que ao final, respeitadas as condições, possa-se haver um resultado racional comunicativo legítimo por meio do consenso recíproco. Por detrás das regras não há um vazio puro determinante, mas encontra-se todo o sentido de aplicação e validade.

Não se trata de um jogo de poder, de imposição ou pretensão de uniformização, mas a busca pela multiplicidade e especificidade de cada forma. Isso faz refletir as palavras de Ost: “Nenhum jogador, seja qual for sua posição de força e/ou autoridade, pode pretender dizer a primeira e a última palavra”<sup>62</sup>. E ainda Foucault:

Assim também, em vez de buscar a forma única, o ponto central do qual derivariam todas as formas de poder por consequência ou desenvolvimento, deve-se primeiro deixá-las valer em sua multiplicidade, em suas diferenças, em sua especificidade, em sua reversibilidade: estudá-las, pois, como relações de forças que se entrecruzam, remetem umas às outras, convergem ou, ao contrário, se opõem e tendem a anular-se<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Nos processos de entendimento mútuo linguísticos os atores erguem pretensões de validade com seus atos de fala, mais precisamente pretensões de verdade, correção e sinceridade. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 79. Essas pretensões serão mais bem compreendidas no capítulo segundo.

<sup>61</sup> DERRIDA, Jacques. *Do direito a Justiça*. In: *Força de Lei: O fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 41-43.

<sup>62</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: *Revista Academia sobre enseñanza del Derecho*. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.123. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2015.

<sup>63</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 319.

Nesta perspectiva o ponto principal da ideia de jurisdição pós-moderna de Hermes é a proposta de se constituir um direito discursivopositor das concepções modernas que compreendem o Direito como uma imposição ou fruto do poder de uns sobre outros, bem como de uma jurisdição comprometida com o capital e produtividade final a partir da tecnificação. A partir de então o Direito avança horizontes mais amplos e exigentes que despontam forças múltiplas e plurais em nome de uma real democracia.

Para Ost o Direito ideal no chamado Estado Democrático é procedimental, e nesse modelo reside todo o discurso da legitimidade. A primeira observação do filósofo é a que seja qual for o conteúdo material das soluções que se impõe, o Direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública e racional, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório. Desde o momento em que nossas regras, incluídas as mais fundamentais, se mostram convencionais, a primeira garantia da legitimidade reside no respeito às condições da discussão e da não-coação. Este respeito às formas, aos prazos e procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao Direito. O procedimento jurídico parlamentar e judicial traz o espaço da controvérsia, assegurando a contestação e a defesa. Tal é também essencial a participação e intervenção do juiz no conflito a fim de assegurar a sua legitimidade. Assim, as partes não se entregarão a uma mediação débil e ilógica, incapaz de dizer sua situação, verbalizar sua pretensão, justificar na linguagem comum e jurídica seu comportamento e seu bem jurídico. Hermes exerce sua função justamente neste momento, a fim de mediar as paixões, livrando-as da violência pura e simples. A segunda importante observação é que este Direito estabelece um laço necessário entre procedimentos e direitos fundamentais. Os procedimentos jurídicos tem efeito de igualar e ao mesmo tempo universalizar direito e palavra. Estas duas observações se dirigem a preservar a conquista da legitimidade<sup>64</sup>.

Há uma evolução ou mudança estrutural do cenário no qual o Direito exerce seu papel. Superam-se realidades locais e familiares, tipicamente antigas, para realidades nacionais e coletivas, tipicamente modernas e desta caminha-se para atuação num campo mundial ou global. A pós-modernidade insere o Direito em um novo ambiente que comunica o mundo todo. E neste contexto a jurisdição procedimentalista traz para a ciência jurídica uma

---

<sup>64</sup>OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, ano 4, n. 8, p. 101-130, 2007, p.125-127. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2015.

mensagem muito importante: a importância da regra discursiva, da universalidade procedimental e do entendimento mútuo.

A regra discursiva da jurisdição de Hermes nos ensina que a aceleração e o desejo pós-moderno de obter respostas rápidas às situações, com vistas econômicas, pode colocar em cheque toda a legitimidade de um Direito constituído através de tradições, debates e interações. Quanto mais revisada e contextualizada for a argumentação, a lei e o procedimento, tanto mais compreendida será a mensagem. Os anseios pela urgência podem abalar a estrutura do regramento, da prudência e da comunicação.

No campo jurisdicional pós-moderno, a mensagem de Hermes traz a compreensão do *medium* como chave para o estabelecimento da racionalidade comunicativa. Enquanto que nas jurisdições modernas depara-se com o império dos códigos escritos e aprovados por Júpiter ou do protagonismo das experiências decisivas de Hércules apanhadas por “dossiês” formulados e apresentados, Hermes nos mostra que por meio de uma rede ou banco de dados – que incluem leis, códigos, fatos, direitos, deveres, garantias, comunicações, princípios, precedentes e argumentos – é possível desenvolver um senso comum formador de uma vontade legitimada e mediada. Nesta perspectiva compõe-se uma jurisdição democrática na qual a construção do Direito seja um trabalho de parceria entre juiz e partes, compreendendo que nem o juiz nem as partes solitariamente poderão atingir o melhor resultado do processo, mas que por meio de um procedimento racional a legitimação torna-se fato.

Neste modelo jurisdicional procedimentalista os *alternative dispute resolutions* se apresentam como interessantes meios hábeis na resolução processual quando legitimados por procedimentos, princípios e regras do discurso.

A legitimação se articula nas pretensões de validade procedimental, estas exigem tempo e a mensagem do tempo encontra-se entre a temperança e a prudência, que iluminam e basificam o resultado, afastam as incompreensões e os descompassos da urgência e do efêmero. Neste jogo de signos encontramos o *medium*.

Como dito, há na cultura jurisdicional contemporânea, profundos sentimentos de urgência na resolução das questões e com isso tenta-se formar um modelo de jurisdição muito semelhante senão igual aos modelos de Júpiter e Hércules, baseado em aceleração e produtividade, no qual as demandas jurisdicionais, ou o próprio poder jurisdicional estatal são

influenciados pelo movimento da “decisão rápida” e célere podendo comprometer toda a estrutura da jurisdição ideal de Hermes. De certa forma, não se consegue estabelecer procedimentos corretivos, prudentes e revisados sob a pressão da urgência, da aceleração e da informalidade.

Diante disso antes de refletir sobre a legitimidade do processo jurisdicional segundo um modelo procedimental democrático, daremos um diagnóstico da jurisdição civil do presente que assumiu os discursos da celeridade, instrumentalidade e informalidade processual.

### 1.3 O DISCURSO DA URGÊNCIA

O tempo saiu de seus gonzos, dizia Hamlet, para se introduzir nos nossos discursos. Esse tempo já não é o da duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. Bergson já se ocupara da distinção entre tempo e duração: O tempo possui um caráter operacional e pragmático, a duração é um tempo uno vivido na continuidade da consciência sempre inovadora<sup>65</sup>. No Direito contemporâneo as questões relativas ao tempo se acentuam quando este se apresenta como um obstáculo ou inimigo a ser derrubado.

Radicalmente acelerado, o tempo da era ‘pós’ é reconduzido do longo prazo ao curto prazo, e deste ao imediato<sup>66</sup>. A sociedade atual conduz os seus indivíduos ao máximo aproveitamento das coisas, das situações e tarefas, em geral ao máximo aproveitamento do tempo na práxis diária. Isso induz à uma prática célere das ações. Em uma lógica liberal, o tempo relaciona-se à produção e à massa. A razão social está cada vez mais voltada para os meios de produção, que vão dando forma às estruturas. É o que chamamos de “mais lucro” em “menos tempo”, “menos trabalho” e “mais resultados”. As relações sociais nessa perspectiva produtivista tornam-se cada vez mais complexas. Essa complexidade nos leva a

---

<sup>65</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 347.

<sup>66</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 347.

interpretar que aquele que possui uma dinâmica capaz de oferecer uma resposta rápida ao trabalho empenhado é visto como mais importante que aquele possui uma dinâmica calculada, de correção e um tanto quanto emotiva de suas ações. E esta é a principal característica trazida da modernidade – dar respostas rápidas as perguntas.

De fato, o tempo determina a condução das dinâmicas sociais, institui, transforma, inova ou refuta. Há um império do efêmero<sup>67</sup>, reverenciado pela sociedade contemporânea. Qualifica-se a volatilidade do tempo e a variabilidade das modas como característica social primordial. Por esta razão, perder de vista a orientação da temporalidade é romper com a moda e “deixar escapar” o aproveitamento de tudo. Corre-se um risco, dada a complexidade social atual, de se burocratizar as dinâmicas, que em um momento se mostrarão contrárias à ideologia do aproveitamento. Isso no fim das contas, acaba se tornando um ciclo vicioso. Na tentativa de se buscar a celeridade da produção são criados métodos que sejam ligeiros baseados na economia, na lucratividade e na dinâmica do aproveitamento.

A conscientização da real importância do tempo na sociedade toma espaço na medida em que por conta da complexidade, a sociedade não se reconhece nas instituições em que confia, como o Judiciário. No âmbito deste Poder, sobretudo na sua função de administrador de uma fermentada massa processual, tem-se um problema jurisdicional gerido por variadas tentativas de administração dos conflitos resultantes da tensão entre o fator tempo e o fator produção.

Habermas, em um momento, já se preocupara com o que ele chama de “colonização do mundo da vida” que se move em um nível alto de generalização<sup>68</sup>. Essa colonização é feita pela economia (monetarização e produção) e pela política (burocratização) que ao invés de tomarem as questões jurídico-processuais em uma perspectiva comunicativa, onde poderá haver a oferta de um procedimento de discussão orientado ao entendimento as questões são transportadas não para uma estrutura não referida ao próprio mundo da vida, mas sim aos sistemas da Economia e do Estado<sup>69</sup>, o que em algum momento pode provocar crises que afetarão significativamente o sistema jurídico-processual.

---

<sup>67</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 350.

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 503.

<sup>69</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas e*, Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123.

Na ceara do Direito Processual o estranhamento se acentuou nos últimos anos com o crescimento do discurso sobre inefetividade da Justiça. Esse discurso levou o processualista italiano Carnelutti a dizer que o tempo é um inimigo implacável do processo jurisdicional, contra qual todos (juízes e seus auxiliares, partes e seus procuradores) devem lutar de forma obstinada<sup>70</sup>. Obviamente a inefetividade está relacionada à administração do fator tempo, que como dito é determinante na condução das dinâmicas sociais. Com o crescimento deste discurso, surgem os primeiros diagnósticos patológicos: processos burocráticos, acesso deficiente à justiça, custos excessivos, não cumprimento dos prazos legais e o aumento da judicialização da política e dos direitos sociais. A lentidão da Justiça também pode encontrar causas na ineficiência dos outros Poderes da República - o legislativo e o executivo – uma vez que a jurisdição torna-se um meio hábil de garantia de direitos não efetivados nas outras cearas.

A colonização da justiça pela burocracia, pela tecnificação e pelo formalismo repercute negativamente perante a sociedade civil causando estranhamento e déficit de confiança. Ora se a Justiça se mostra temporalmente falível, deixa-se de acreditar nela. Esse estranhamento desafiou à movimentação de novos discursos com vistas à uma ação jurisdicional estratégica orientada à celeridade ou efetividade, para a restauração da confiabilidade social na justiça. Contudo, o tempo mostrará que as tentativas de resolução do problema pela via de celeridade darão abertura a um novo problema a ser superado, o déficit de legitimação.

A urgência remete, pois em princípio, para um estado de coisas excepcional: a gravidade de uma situação ordena que se aja de imediato, e for preciso à margem ou até em violação de procedimentos comuns. Há perigo na demora e, como se diz nesses casos a necessidade (urgência) faz a lei<sup>71</sup>. Destaca-se que a mora jurisdicional tem uma história longa e famosa, acompanhada de um não menos longo e famoso histórico de tentativas de resolução do problema<sup>72</sup>.

Os esforços discursivos iniciais no sentido de resgatar tanto a confiabilidade social no Poder Judiciário a partir do melhoramento e modernização dos tribunais e seus procedimentos quanto para compor uma jurisdição inclusiva, participativa capaz de efetivar

---

<sup>70</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 354.

<sup>71</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 352.

<sup>72</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41.

direitos, tomaram força no continente europeu no início do século XX, na transição para do Estado Social – a jurisdição de Hércules. Esses discursos se exteriorizaram em movimentos. Os primeiros movimentos de reforma foram agrupados sob a designação de “oralidade”. Quando esse discurso foi levado a efeito na Áustria, pelo processualista Franz Klein<sup>73</sup> - pioneiro nos discursos sobre a reforma processual na Europa - através do *Zivilprozessordnung* (Código de processo civil) de 1895, tais movimentações contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres<sup>74</sup>.

Os movimentos de reforma com vistas à uma jurisdição instrumental inclusiva se deram de diferentes formas de país para país<sup>75</sup>. Cada realidade ensaia diversas respostas para lidar com este fenômeno: informalização da justiça; repetrechamento dos tribunais com recursos humanos e infraestruturas; automatização; novas tecnologias de comunicação e informação; criação de tribunais especiais para pequena litigação de massa, entre outras<sup>76</sup>.

No continente americano, os esforços discursivos para um processo temporalmente justo tomaram relevância com a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969 inaugurando, através de seu texto, o direito a um tempo razoável de duração do processo<sup>77</sup>.

No nosso país, antes mesmo da democratização constitucional de 1988, processualistas brasileiros identificavam problemas da mora, abrindo discussões a respeito da

<sup>73</sup> KLEIN, Franz. *Zeit – und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

<sup>74</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 29. Neste sentido também NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77.

<sup>75</sup> No curso da década de setenta, crescia a literatura questionando a capacidade de juízes e advogados, assim como dos procedimentos se adaptarem aos novos direitos (sociais e difusos) emergentes. A socialização processual encontrou seu ápice na realização de um Projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho de Pesquisa na Itália. Tal projeto intitulado como Projeto Florença de Acesso à Justiça, que foi levado à cabo a partir de 1973 – e seus resultados foram publicados a partir de 1978, em quatro volumes sob a direção de Mauro Cappelletti, envolveu 23 países que, apontaram as chagas e possíveis soluções técnicas para seus problemas jurídicos. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41.

<sup>77</sup> Artigo 8º - Garantias Judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

prevenção e combate de suas causas, bem como incentivo de reformas. Essas discussões fortaleceram a tendência teórica processual denominada instrumentalista<sup>78</sup>.

É preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação, de um lado, e a prática judiciária, de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva a insuperável obstrução das vias de acesso à justiça, e ao distanciamento cada vez mais forte entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos “justiceiros”)<sup>79</sup>.

As correntes instrumentalistas sob o prisma da celeridade ganharam relevância quando a Convenção Americana foi ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, sendo o referido princípio incorporado à Constituição da República de 1988, de forma expressa por meio do inciso LXXVIII do artigo 5º - na forma de direito à duração razoável do processo<sup>80</sup> - incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário. Esta norma constitucional de conteúdo programático exerce papel de

<sup>78</sup> O método técnico-científico, oriundo da Alemanha e da Itália e implantado no Brasil desde os anos 40 elevava a edificação de um sistema processual de rigorosa coerência interna, à construção de suas categorias dogmáticas, à elevação destas a princípios gerais. A partir dos anos 70, o processo brasileiro tomou novos rumos: a volta das atenções para estudos jurídico-constitucionais devido ao momento histórico. Com isso viu-se a necessidade de se colocar o processo não como apenas um método técnico-científico capaz de efetivar os direitos materiais, mas visualizar um instrumento dirigido à predisposição de outros meios destinados aos diversos escopos jurídicos, sociais e políticos. Foi assim que processualistas se deslocaram para o instrumentalismo substancial do processo e a efetividade da justiça. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. In: Revista de Processo. São Paulo, n.46, p. 60-83, abr-jun. 1987, p. 62-63. Dinamarco é o principal nome da Escola instrumentalista. Foi tradutor de Liebman, italiano que lecionou na Faculdade do Largo do São Francisco, São Paulo. A obra “A Instrumentalidade do Processo”, foi publicada em 1987. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

<sup>79</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. In: Revista de Processo. São Paulo, n.46, p. 60-83, abr-jun. 1987, p. 60.

<sup>80</sup> A duração de um processo judicial pode ser definida como o período compreendido desde o ajuizamento da ação até a efetiva restituição ou preservação do direito nela buscado. Interessante notar que o termo utilizado como razoável corresponde a uma técnica muito utilizada pelo legislador atual, que utiliza da generalidade para abordar determinado preceito. Assim por se tratar de um termo vago, sem definição exata, se equivalerão às manifestações jurisprudenciais e doutrinárias para abordar o valor da expressão. O Código de Processo Civil de 2015 inova na conceituação deste princípio: Art. 4º As partes tem direito de obter em prazo razoável solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

orientadora das novas legislações processuais no sentido de submissão e respeito ao consagrado Princípio da Celeridade Processual como direito fundamental e objetivo precípua da atividade judiciária.

Devido a esta marcante presença no Direito Constitucional, a celeridade ou efetividade, ou ainda economia processual é um princípio que pode se manifestar de diversos modos na ciência jurídica contemporânea e nas inquietações culturais dos que convivem com o processo jurisdicional, buscando sempre o seu aprimoramento como direito fundamental.

O certo é que cada vez mais a presença desse princípio se faz notar entre os pensadores e juristas que clamam por sua incidência como fator imprescindível de um bom processo e de uma boa justiça<sup>81</sup>. Propugna pela concretização de ações que promovam a finalidade representada pela celeridade, como estado ideal de coisas em que não ocorram dilações indevidas na tramitação dos feitos. É o fator temporal que impõe a economicidade de meios e de formas processuais; o tempo excessivo de duração dos processos é identificado como antinômico com o espectro axiológico da justiça das decisões<sup>82</sup>.

Assim como os outros princípios, a celeridade focaliza não apenas o exame das regras jurídicas em si, mas busca a fenomenologia de sua aplicação sobre os fatos e suas consequências jurídicas.

Mesmo vivendo em um presente cujo paradigma jurídico se visualiza em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição possui muitos resquícios dos modelos modernos ainda não transformados ou superados. Hércules ainda se apresenta como o juiz infalível e modelo perfeito à jurisdição<sup>83</sup>. E justamente neste momento discursivo no qual a aceleração da atividade jurisdicional se mostra evidente, o poder dos juízes guarda uma força quase sagrada perante o Direito. A desburocratização do processo vem se manifestando de modo

---

<sup>81</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. In: Informativo Jurídico da biblioteca do Ministro Oscar Saraiva, v.6, nº 1, p. 1-70. Jan/jul. 1994, p.14.

<sup>82</sup> PINTAÚDE, Gabriel. *Eficácia sobreprincipal do devido processo jurídico procedimental (perspectiva analítico-funcional)*. In: DIDIER JR. Fredie (org.) *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM. 2010, p. 284.

<sup>83</sup> Habermas analisa que o Estado Social ao mesmo tempo em que institucionaliza garantias jurídicas aos cidadãos, faz com que estes se tornem clientes da prestação de benefícios e assistências estatais, fomentando a desintegração social do mundo da vida, desligando o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação para dar compensações sociais na forma de direito e poder. E tudo isso é formalizado pelo direito positivo moderno. HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 514.

cada vez mais aparente, e a tendência é que se valorize a informalidade dos procedimentos, aumentando assim o protagonismo da decisão judicial.

Tal argumentação resultou o discurso de deformalização do processo ensejando significativas reformas processuais. O Código de Processo Civil de 2015 – abordagem sucinta no próximo item – consagra a efetividade como um de seus primordiais princípios. Nesta nova lei a resolução do mérito passa a ser sinônimo de efetividade, é o que se pode perceber ao analisar os princípios processuais na parte geral. De fato, a efetividade do processo é uma necessidade, no entanto, contraditoriamente, esse objetivo vem sendo utilizado como subterfúgio dos interesses econômicos, como aclamado pela instrumentalidade, invertendo a lógica garantista dos princípios processuais conquistados pelo constitucionalismo, constituindo uma nova forma de colonização do processo jurisdicional.

Boaventura de Souza Santos analisando esse problema nos tribunais brasileiros sob a ótica da sociologia do direito observa que no momento em que os objetivos das reformas são adensados, é necessário evitar que os propósitos de aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro sejam dominados tão-somente, pelo ideal de celeridade processual. Deve-se ter em mente que, nalguns casos, uma justiça rápida pode ser uma má-justiça. E, portanto, não podemos transformar a justiça rápida num fim em si mesmo. Aliás, a justiça tende a ser tendencialmente rápida para aqueles que sabem que, previsivelmente, a interpretação do direito caminha no sentido de favorecer seus interesses, segundo uma lógica capitalista e produtivista. Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica, pode-se ter uma justiça mais rápida, inclusiva e de “massa”, mas não necessariamente uma justiça cidadã, democrática e comunicativa. A luta não deve ser apenas pela celeridade – quantidade da justiça – mas pela responsabilidade social – qualidade da justiça – para que se procure iniciar a revolução democrática da justiça,<sup>84</sup> segundo a proposta do juiz Hermes.

Percebemos esse desgaste no ideal de jurisdição democrática e procedimental diante da abundância da instrumentalidade técnica do processo que observa, através da informalidade, um mecanismo capaz de tutelar os sujeitos e buscar a pacificação social segundo escopos metajurídicos (políticos e econômicos). Todavia, em sociedades complexas, onde há um alto pluralismo social, como é a sociedade brasileira, se torna cada vez mais difícil conceber de forma rápida um resultado eficaz para os novos direitos decorrentes da

---

<sup>84</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p.43.

mudança social. Isso seria possível em lugares onde os valores são uniformemente compartilhados ou em sociedades pequenas com baixa pluralidade social.

O pluralismo jurídico e a complexidade social de nosso Estado ensejam o agir comunicativo e a participação paritária nas discussões para que se alcance um resultado legítimo sobre aqueles que sofrerão seus efeitos. Essa é uma necessidade que requer tempo e que não podem ser resolvidas de maneira irracional e ilógica. Embora a sociedade demande por decisões velozes e resultados práticos, é preciso se colocar em pauta, a dinâmica adequada à realidade social para se chegar ao fim.

O Direito deve sempre estar relacionado à prudência<sup>85</sup>, pois ela - a prudência ou correção - se dá exatamente por meio do procedimento e dos equivalentes jurisdicionais<sup>86</sup>. Num mundo em mudança permanente que conduz ao aumento da complexidade e aonde as referências de certeza se vão esboroando, a ação será tanto mais efetiva quanto contextualizada e revisada<sup>87</sup>. Um Direito que preze pela preservação e respeito dos valores das comunidades e que estabeleça um equilíbrio plural é o que se pretende alcançar. Não convém que sejamos céticos ao ponto de não acreditar no tempo do direito e imprudentes ao ponto de nos deixar levar pelas pretensões generalizadas de urgências temporais que podem comprometer os direitos individuais e da sociedade.

Diante da integração do que denominamos discursos de urgência ao mundo do direito processual, as ações, estrategicamente, estarão sempre voltadas ao êxito, organizando uma colonização do aparelho processual pelos sistemas econômico e político, isto é, o dinheiro e o poder.

A ação instrumental se por um lado busca resolver o problema da mora jurisdicional, por outro pode se tornar um meio de aplicação de decisões pouco fundamentadas, ou simplistas, sem a exploração completa das complexidades do mundo da vida, gerando, portanto o que chamamos de déficit de legitimidade. Surge então uma tensão entre celeridade e legitimidade nos processos jurisdicionais, consequência da tensão entre a

---

<sup>85</sup> Toda ação jurídica deve ser comandada pela prudência – ou *phronesis* para os gregos. O direito aparece-nos assim como uma dialética entre a ordem a prudência. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 4-5.

<sup>86</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 374.

<sup>87</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 355.

ação instrumental orientada ao êxito e a ação comunicativa orientada ao entendimento através do *medium*.

#### 1.4 O REFORMISMO PROCESSUAL E A CONCEPÇÃO INSTRUMENTALISTA DE PROCESSO

Os reflexos dos discursos sobre a urgencialidade da prestação da tutela jurisdicional, sobre o amplo acesso à justiça para o estabelecimento de uma jurisdição inclusiva e sobre os movimentos de ascensão cidadã trazidos pelo Estado Social, ocasionaram um numero expressivo de reformas dentro do processo jurisdicional. Tais reformas tiveram por escopo o marco da socialização processual e a busca por uma justiça rápida e efetiva, que até os dias de hoje possuem relevância dentro do cenário jurisdicional. Em outra perspectiva as reformas deram a chance de materialização no plano prático dos ideais da ação instrumental orientada ao êxito/ efetividade.

A mudança paradigmática do Estado moderno tomou ápice no período final do século XIX e início do século XX no qual se pode assistir a transição de uma concepção privatista de processo liberal, segundo Cappelletti, escrito e dominado pelas partes, para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio do autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo técnico judicial no trâmite processual. Segundo Klein, a troca dos paradigmas no direito processual trouxe um processo como um instrumento da jurisdição, como instituição de bem-estar social<sup>88</sup>. É a transição de um Direito das leis para um Direito dos juízes<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.) *Reforma processual civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.17-18.

<sup>89</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

Essa linha de Processo Social no Brasil tomou relevância com a difusão das visões teóricas instrumentalistas, que pretendem difundir sob o marco de Estado Social um processo capaz de garantir a pacificação social a partir da tutela das pessoas por meio de uma jurisdição inclusiva e informal orientada ao êxito. Essa vertente reforça o papel dos juízes na efetivação dos direitos fundamentais e sociais, trazendo à tona fenômenos jurídicos como a judicialização de políticas públicas.

O segundo pós-guerra marca o início de um movimento no Direito ocidental, cuja finalidade era estabelecer concretamente meios para um processo acessível.

No início da década de 70, o Projeto Florença de Acesso à Justiça<sup>90</sup> favoreceu o crescimento do movimento universal pelo acesso à justiça. Houve conseqüentemente a emancipação dos movimentos reformistas do processo<sup>91</sup>.

As primeiras movimentações-fruto do Projeto Florença idealizavam reformas significativas no processo, sendo conhecidas como ondas do acesso à justiça: a primeira onda que fixava a assistência judiciária gratuita aos reconhecidamente pobres<sup>92</sup>; a segunda onda enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres, visando, sobretudo a proteção dos direitos dos consumidores e do meio ambiente<sup>93</sup>; e a terceira onda marcada por uma concepção ainda mais ampla de acesso à justiça, idealizando uma reforma que se concentre no conjunto geral das instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas<sup>94</sup>. Esse último movimento basicamente prega a simplificação dos procedimentos e a utilização de meios alternativos à resolução dos conflitos.

---

<sup>90</sup> Projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho de Pesquisa na Itália, levado à cabo a partir de 1973 cujo objetivo era a discussão dos problemas jurídico-processuais dos países participantes propondo melhorias no sistema judiciário. Os resultados foram publicados a partir de 1978, em quatro volumes sob a direção de Mauro Cappelletti.

<sup>91</sup> De fato, o movimento de reforma do processo civil no plano mundial já teve início em 1958 na Áustria sendo desenvolvido por Franz Klein, denunciando as discrepâncias entre a procura e a oferta da Justiça na Europa. KLEIN, Franz. *Zeit und Geistesströmungen in Prozesse*. 2ª Ed. Frankfurt: Klostermann. 1958. Neste sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ªed. São Paulo: Cortez, 2010, p.167.

<sup>92</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.

<sup>93</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 18.

<sup>94</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 25.

No Brasil, a partir da metade da década de 80 e na década de 90, após a promulgação da Constituição de 1988 e o decorrente desbloqueio da litigiosidade, estruturou-se uma nova tendência pragmática dos estudos sobre direito processual brasileiro. Como ressonância do movimento pelo acesso à justiça começaram a ser delineadas as reformas do Processo Civil para a introdução de novos institutos, além das inúmeras alterações no Código de 1973<sup>95</sup>.

As reformas processuais se deram precipuamente pela busca de duas finalidades: a primeira é a chamada a socialização<sup>96</sup> do Poder Judiciário, já proposta pelo *welfare state*, visando uma maior abertura da Justiça aos cidadãos; a segunda é o aumento da produtividade e efetividade do Judiciário, segundo as orientações do princípio do prazo razoável de duração do processo.

Cappelletti e Garth<sup>97</sup> concentram-se em quatro aspectos principais que ensejaram as reformas processuais dentro do movimento universal de acesso à justiça:

a) promoção da acessibilidade geral, concentrada na redução do custo e duração do litígio. Esse aspecto engloba a judicialização especial de causas pequenas, que permitem a demanda sem a representação de um advogado, de modo a impedir a inibição do acesso à justiça aos presumivelmente pobres e desamparados. A acessibilidade<sup>98</sup> é promovida de modo a fornecer uma proximidade do Judiciário com as pessoas comuns; b) a equalização das partes, visando a ajuda aos litigantes que não contam com assistência profissional perante os tribunais, e ainda para que as partes possam resolver o conflito por meio de um acordo ou outro meio pacífico. Frisa-se que por esse aspecto, o processo torna-se recheado de flexibilidade e simplificação, buscando-se o quanto antes a resolução do conflito, que prioritariamente deve se dar mediante outros meios alternativos à decisão judicial. Esse

---

<sup>95</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 141.

<sup>96</sup> Buscando o estabelecimento da socialização, foram introduzidos institutos processuais como a antecipação de tutela e modelos procedimentais diferenciados como os Juizados Especiais, entre outras inúmeras alterações, que buscavam celeridade processual e o cumprimento do princípio da eficiência mediante a deformalização e o reforço dos poderes judiciais. Nesse sentido NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 150.

<sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 36-41.

<sup>98</sup> Interessante que a acessibilidade pode ser vista através de variados contextos culturais. Em Nova Iorque, no tribunal de pequenas causas de East Harlem, é permitida a distribuição de queixas todas as sextas-feiras à noite e, numa tentativa ulterior de promover o acesso, também utilizam, de maneira particularmente nova, advogados paraprofissionais da comunidade. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 37.

aspecto contribui para a observação do próximo; c) a alteração do estilo de tomada de decisão, enfatizando a conciliação como principal técnica para a solução de disputas. O processo de conciliação informal, discreto, frequentemente sem caráter público tem dificuldades que precisam ser enfrentadas, como tornar mais difícil o controle da qualidade do procedimento judicial, confundindo-se numa só pessoa o conciliador e o julgador. A técnica de conciliação prévia pode servir ainda como instrumento equalizador das partes para um possível processo judicial subsequente; d) simplificação do direito aplicado, visto na exclusão de procedimentos, a flexibilização da técnica jurídica em si e a restrição de alguns meios de produção de provas.

Cappelletti e Garth concluem que as reformas, mais precisamente nas pequenas causas de certa forma fazem parte do movimento de Acesso à Justiça, porque correspondem a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária, e atender efetivamente o cidadão comum na defesa dos seus direitos<sup>99</sup>.

Boaventura de Sousa Santos verifica que as reformas impulsionadas pelo movimento de acesso à justiça, levaram à sociologia jurídica a concluir que as mesmas são importantes para baixar os custos e reprimir a lentidão judiciária, mas não são de nenhum modo uma panaceia<sup>100</sup>. A crença de que as reformas processuais de fato causam modificações significativas e positivas no processo civil não é uniforme. Não se pensa que as reformas não contribuem em nada para o avanço processual no Estado Democrático de Direito. Acredita-se na relevância delas em muitos casos, entretanto há deficiências comunicativas que devem ser sanadas, haja vista ser o agir comunicativo o principal instrumento de validação jurídica da jurisdição de Hermes. Somente o tempo poderá responder fundamentadamente às perguntas quanto a (in)validade das mudanças, seus avanços e regressos, erros e acertos.

Nota-se que no auge do Estado Democrático de Direito o processo no âmbito social ganha uma nova preocupação: a efetividade; e obstáculos não tão novos a serem superados: a morosidade da justiça. A insatisfação social para com os poderes representativos bem como a inoperância da administração fortaleceu o papel do Estado-juiz, elevando a atividade judiciária. Esta elevação coloca o juiz no papel de “superparte” capaz de fornecer a

---

<sup>99</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 41.

<sup>100</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ªed. São Paulo: Cortez, 2010. p.169.

tutela da pacificação social. Cresce respectivamente a crença no instrumentalismo e na deformalização do processo<sup>101</sup>.

Fazendo uma crítica ao instrumentalismo e os fenômenos processuais inerentes à celeridade, Calmon de Passos compara os rumos do processo no Estado Democrático de Direito a um espetáculo de magia.

Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da pleora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica “instrumentalidade”, a que se casaram outras palavras mágicas – “celeridade”, “efetividade”, “deformalização” etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento<sup>102</sup>.

O risco de se prestigiar a celeridade a todo custo é a possibilidade de esvaziamento do papel das partes e seus procuradores dentro da relação processual. Almeja-se a todo custo, o produto final, e este será dado pelo juiz e esfacelam-se os meios para se chegar ao produto. Fortalece-se então o poder final do juiz e ao mesmo tempo enfraquece-se o procedimento e o poder das garantias. O risco pode chegar ao nível das garantias individuais, abandonando-se o papel do processo como instituição garantidora de implementação dos direitos fundamentais.

As perspectivas processuais trazidas pelas reformas induzem a crer que há um neoliberalismo processual disfarçado de socialismo, pois permitem a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade<sup>103</sup>. O judiciário é visto como um

---

<sup>101</sup> NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.) *Reforma processual civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23.

<sup>102</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 13. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf)> Acesso em: 15 de abril de 2015.

<sup>103</sup> Podemos encontrar um exemplo característico do neoliberalismo na Constituição da República de 1988 em seu artigo 93, II, “c” que prevê: “a promoção de entrância para entrância dos magistrados, alternadamente, por

prestador de serviços e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado, ou seja, como consumidor da “prestação jurisdicional”, e como se o poder-dever estatal representasse um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos) <sup>104</sup>. Contudo não seria o modelo de processo adequado ao Estado Democrático de Direito que enseja liberdades comunicativas de entendimento.

Um sistema processual em sintonia com o Estado Democrático de Direito colocaria as partes e os juízes em conjuntos na promoção da segurança e garantia dos direitos fundamentais, sobretudo as garantias constitucionais processuais, oferecendo a autonomia pública e privada, segundo Habermas<sup>105</sup>. Por isso nos valeremos do Paradigma procedimentalista do Direito para uma concepção de processo procedimental na realidade contemporânea. Aliás, o processo contemporâneo situa-se no mundo dos princípios constitucionais que projetam os mandados de igualdade, de boa-fé, contraditório e ampla defesa, corolários do *due process of law*, portanto faz-se necessário que estes princípios norteiem toda a ética do discurso processual para a sua legitimação.

No atual estágio do Direito processual brasileiro, as reformas processuais resultantes dos últimos anos desde o Projeto Florença de Acesso à Justiça culminaram na edição de um novo Código de Processo Civil brasileiro, sancionado como Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. A reconstrução do processo civil brasileiro por meio de um novo *Codex* trará um Processo civil adequado ao modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro?

Por se situar no período pós-democrático de 1988, o novo estatuto processual traz uma carga constitucional profunda. O antigo Código 1973 se infiltrou no “mundo das regras”, enquanto o novo se situa no “mundo dos princípios”. Exatamente por conta disso é que se analisa o Novo CPC a partir de uma vertente inovadora e uma conservadora concomitantemente. Esta seria a melhor maneira de se equilibrar as tensões entre as regras construídas e reconstruídas e os princípios constitucionais. Inovadora no sentido de se

---

antiguidade e merecimento é um dos princípios do Estatuto da Magistratura, tendo como norma a aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição (...).”

<sup>104</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 150-163.

<sup>105</sup> HABERMAS, Jürgen. *Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e Democracia*. In: A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola. 2007. p. 285-297.

positivar regras para a efetividade e celeridade dos procedimentos e conservadora no sentido de se positivar – em sua parte geral (artigos 1º a 12) <sup>106</sup> – princípios jurídicos processuais provenientes do neoconstitucionalismo e que vinculam o processo civil e Constituição.

Alguns processualistas e participantes da Comissão que deu início aos trabalhos mencionam que o Novo Código quis inovar o direito processual a partir do que já existe, respeitando as conquistas históricas e dando-se passos à frente. Não é objetivo do Novo Código “zerar” o processo, ou “fazer uma tábula rasa” de tudo o que existe. Wambier, Ribeiro, Conceição e Mello salientam que assim é que devem ocorrer as mudanças das ciências ditas sociais, da lei, da jurisprudência: vagarosamente. Porque também lentamente é que as sociedades se modificam. Não é conveniente que haja mudanças bruscas, incapazes de corresponder às reais expectativas, e que ao contrário assustam, atordoam e normalmente não são satisfatoriamente assimiladas. Não há razão para não se manter tudo o que de positivo já havia sido concebido. Nada como se engendrar um novo sistema, de forma equilibrada, entre conservação e inovação <sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Citaremos os principais princípios constitucionais incorporados ao CPC de 2015: Art 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

*Princípio do Impulso Oficial:* Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

*Princípio do Devido Processo Legal e Inafastabilidade da Jurisdição:* Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...]

*Princípio da Duração razoável do Processo e da Efetividade:* Art. 4º As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Art. 12 Os juízes e os tribunais deverão obedecer a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

*Princípio da Boa-fé:* Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

*Princípio da Cooperação Processual:* Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

*Princípio da Igualdade, do Contraditório e da Ampla Defesa:* Art. 7º É assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício dos direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (Observadas as exceções do Parágrafo Único). Art. 10º O juiz não pode decidir, em nenhum grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

*Princípios inerentes à Dignidade da Pessoa Humana:* Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

*Princípio da Publicidade e Fundamentação das Decisões:* Art. 11 Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

<sup>107</sup> WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015 apud ALVIM, Rafael. *Parte Geral e Princípios Constitucionais no CPC*. Disponível em <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/04/01/parte-geral-e-principios-constitucionais-no-cpc-2015/>> Acesso em 13 de maio de 2015.

Vê-se a concretização de um processo civil contemporâneo não preocupado com a legalidade estrita, mas com práticas ou técnicas eficientes que respeitem, sobretudo os princípios. Orienta-se, pois, para a maximização, ou seja, o aproveitamento de todos os atos processuais, se possível unificados, até o momento da resolução. O discurso da efetividade toma o centro da atividade jurisdicional. A efetividade é vista como um princípio-fim enquanto a eficiência é relacionada à atividade-meio. Enquanto o artigo 4º fundamenta o novo processo sob a perspectiva da efetividade, o artigo 8º traz alguns princípios conhecidos como princípios da administração pública consagrando essencialmente a eficiência como consequência do *due process of law*<sup>108</sup>.

Os princípios atualizam os procedimentos e a validade dos discursos dentro do processo a fim de qualificá-lo. A eficiência, por exemplo, pretendendo a qualidade da decisão impõe a exigência da fundamentação adequada, respeitando sempre o princípio da boa-fé. O Código de Processo Civil de 2015 traz regras inovadoras neste sentido, como declaração de hipóteses em que uma decisão não está bem fundamentada, exigindo em contrapartida uma decisão minuciosa que analise todos os argumentos da ação e defesa lançados no processo<sup>109</sup>.

Apesar das inovações trazidas ao processo civil brasileiro, o novo Código não superou e não será capaz de superar a totalidade do dilema trazido pela grande inimiga contra qual veio combater: a morosidade. Autores compreendem que a duração razoável não será

<sup>108</sup> Não se liga a eficiência, exclusivamente à ideia de economia ou redução de custos, mas, sobretudo à forma procedimental a qual o processo dever-se-á desenvolver. A eficiência se torna então qualificadora da efetividade do processo civil. Podemos dizer que este princípio pode ser interpretado tanto de modo quantitativo quanto qualitativo. Sob o prisma da quantidade relaciona-se a velocidade procedimental à efetividade do processo como um todo, ou seja, a eficiência processual se provaria pela velocidade. A eficiência qualitativa preocupa-se com a qualidade das decisões e observação dos procedimentos. E é justamente esta eficiência que segundo uma ótica procedimentalista traria legitimações à atividade jurisdicional.

<sup>109</sup> Art. 489: São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 18 de maio de 2015.

garantida satisfatoriamente se algumas fórmulas do processo não forem superadas, como por exemplo, a do sistema em que o duplo juízo sobre o mérito é visto como dogma e a sentença, em regra, só tem valor depois de reafirmada pelo tribunal<sup>110</sup>. O CPC exige e prescreve regras para a fundamentação de uma decisão, mas ao final essa decisão torna-se sem efeito e aplicação no mundo prático, não consolida o direito à efetivação. A ideia é de que o juiz, que em alguns momentos do direito processual estava acima das partes, e em outros, indiferente a elas, passa a ser no presente um mero apreciador de provas e argumentos, mas que não possui efetivamente o poder da decisão e da concessão de efetividade a esta.

O problema não estaria na figura específica dos juízes, mas na estrutura da justiça civil pouco pensada, o que faz refletir que a justiça nunca é efetiva ou inefetiva, mas é reflexo da imagem daquele que detém o poder, inclusive social, para modificar a estrutura técnica e organizacional das formas de exercício da jurisdição,<sup>111</sup> podendo fazer do processo um instrumento de controle e manutenção de poder e não como um instrumento de tutela de direitos.

É lícito apostar na reconstrução do Direito, por meio de um novo processo, ainda que a reconstrução seja uma tarefa inacabável. Contudo não se pode perder de vista o esforço de se conceber um processo discursivo, qualitativamente eficiente e comunicativo, a partir dos aportes teóricos do paradigma procedimentalista. Esses esforços serão validados no momento em que as partes alcançarem a autonomia discursiva necessária para litigar, compor ou argumentar e os juízes detenham o poder de proficiência da decisão fundamentada com vistas a legitimação e não ao êxito.

Uma das principais reconstruções iniciadas pelo novo processo e que neste trabalho são focalizadas é a incorporação obrigatória dos *Alternative Dispute Resolutions*<sup>112</sup> na jurisdição, que podem se mostrar efetivos mecanismos práticos de um agir comunicativo orientado ao entendimento. Essa tradição vem sendo relevantemente utilizada no Direito

---

<sup>110</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo CPC ainda deixou pendente a garantia sobre duração razoável do processo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>> Acesso em 18 de maio de 2015.

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo CPC ainda deixou pendente a garantia sobre duração razoável do processo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>> Acesso em 18 de maio de 2015.

<sup>112</sup> Em tradução literal significa Resolução Alternativa de Disputas, contudo são juridicamente conhecidos como Métodos alternativos de solução dos conflitos. Apesar de na história do Direito processual haver resistências a estes mecanismos, os ADR ganharam relevância na profissão jurídica no Direito contemporâneo, mais especificamente nos últimos anos. Alguns tribunais no mundo já exigem que as partes recorram a um tipo de ADR, geralmente a Mediação, antes da análise judicial propriamente dita.

ocidental, ganhando notoriedade no Brasil a partir do ano de 2015 com a expressa previsão no Código de Processo Civil.

Tais perspectivas podem se dar pela necessidade de se reformular o tempo jurisdicional conferindo-lhe mais agilidade, bem como a necessidade de efetivação das decisões em relação aos participantes o processo, haja vista que um acordo entre os mesmos pode levar mais facilmente à extinção do processo. Sousa Santos analisa os métodos alternativos sob um aspecto sociológico, em uma pesquisa dentro de comunidades e grupos sociais, fora do âmbito do judiciário, que adotavam direitos informais próprios e modelos de juridicidade que não o Direito formal oficial<sup>113</sup>. Considera o autor que o Estado contemporâneo não possui o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora a jurisdição estatal o modo de juridicidade dominante, ela coexiste na sociedade com outros modelos de juridicidade que se articulam de modos diversos. Este conjunto de inter-relações entre os vários modos de produção do direito constitui a formação jurídica. Em segundo lugar, o relativo declínio da litigiosidade civil, longe de ser início de diminuição da conflitualidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade<sup>114</sup>. Hoje o florescimento a nível internacional destes meios é a manifestação mais concludente das transformações em curso dos processos convencionais de resolução de conflitos, que geraram uma revolução na política judiciária. Por outro lado, a elevação dos ADR's no âmbito judicial possui aspecto jurídico, pois objetiva a resolução rápida das demandas e o aumento da produtividade judiciária, menos trabalho e mais resultados.

O pensamento para um novo processo civil ultrapassa as fronteiras do sistema social e perpassa ao sistema jurídico, dentro da perspectiva do mundo globalizado. A globalização e a velocidade das mudanças sociais apelam para que as respostas se deem ao mesmo nível. Essa linha inovadora do Processo civil pretende então despertar uma nova justiça, realinhando os trilhos e descongestionando os seus vagões, que por um lado se

---

<sup>113</sup> Dentre eles se destacam: Os estudos de S. Macaulay (1966) sobre as práticas jurídicas e, sobretudo os conflitos jurídicos entre produtores e comerciantes de automóveis nos EUA, resolvidos de modo informal à margem das disposições do direito comercial e da intervenção dos tribunais orientados pelo objetivo de não criar rupturas nas relações econômicas e retirando destas, poderosos dispositivos sancionários não oficiais; E também os estudos de Boaventura de Sousa Santos realizados na década de 1970 nas favelas do Rio de Janeiro, onde detectou e analisou a existência no interior destes bairros, a existência de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de Moradores que funcionava como instancia de solução de litígios entre vizinhos, sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra.

<sup>114</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ªed. São Paulo: Cortez, 2010, p.175-176.

apresenta, num primeiro momento, como um avanço. Por outro lado, há possibilidade de retrocessos no âmbito dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais processuais, fazendo com que o ideal de celeridade na prestação jurisdicional seja motivado tão somente por ideologias neoliberais. Essa previsão pode confirmar que o impulso da mudança seja agressivo no sentido de aceleração exacerbada e descomprometida, prejudicando o procedimento e a legitimidade do processo.

O equilíbrio da tensão entre inovação e conservação dificilmente se conceberá caso as mudanças sejam praticadas bruscamente e haja imposição indiscriminada da celeridade. Considera-se que no presente a jurisdição civil ainda segue os modelos modernos liberal e social, sendo certo que as movimentações pela de socialização e inclusão dos cidadãos na justiça ainda são muito presentes no pensamento contemporâneo. Desse modo o modelo instrumentalista e deformalizado de processo trazidos pelo movimento reformista do século XX ainda se mostram como principal concepção de jurisdição no presente ditando o proceder de toda a jurisdição.

Este modelo jurídico processual dominante faz com que o direito valha como instrumento de controle social acionado para fins estatais, isto é fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico<sup>115</sup>.

A necessidade do processo contemporâneo dentro do modelo democrático de Estado de Direito clama por um paradigma procedimentalista que valorize o consenso e a reciprocidade argumentativa, e também a efetividade e eficiência qualitativa, e que não coloque em cheque os procedimentos de discussão e argumentação intersubjetiva, mesmo que para a segurança e legitimidade do agir comunicativo o procedimento deva se realizar por variadas vezes, contrariando as expectativas de velocidade. Não convém, portanto, que na seriedade da questão colocada em discussão no meio jurisdicional, um simples “bater de martelos”, ou uma “composição instantânea” resolva todos os pontos controvertidos, possibilitando a posterior frustração e a inaceitação do resultado. A jurisdição não pode se abster de sua função primordial de legitimação das decisões judiciais, fazendo com que a solução final seja determinada de modo indiferente ao procedimento comunicativo que confere a legitimação.

---

<sup>115</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 249.

## 2 A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA CONCEPÇÃO PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS

“O estudo sobre a legitimidade é uma atividade que se concentra no presente, uma vez que o passado já não constitui autoridade e o futuro já não mobiliza as energias”<sup>116</sup>.

### 2.1 O AGIR COMUNICATIVO E AS PRETENSÕES DE VALIDADE

As mais variadas críticas às teorias críticas reconstrutivistas da sociedade moderna, como a de Jürgen Habermas, geralmente são expostas sob o argumento de que as teorias da reconstrução social denunciam as injustiças e os defeitos existentes, mas não dão um método prático capaz de transformar a realidade. A necessidade de realização das teorias no mundo prático é um desafio multidisciplinar que engloba diversos ramos das ciências, em especial a filosofia, a sociologia, a política e o direito. Neste contexto de tensão entre a teoria e a práxis encontramos os esforços teóricos de uma ação comunicativa habermasiana<sup>117</sup> e seu projeto de restabelecimento dessa relação – teoria e prática dentro do contexto de sociedade contemporânea.

---

<sup>116</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 409.

<sup>117</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

Inicialmente é tida como uma crítica, não do projeto de dominação capitalista existente na sociedade moderna, causador das grandes injustiças e desigualdades, como fez a teoria crítica de Marx, mas uma crítica da própria racionalidade humana, haja vista que a modernização da sociedade pode ser descrita como a sua racionalização cultural e social<sup>118</sup>. Sendo, portanto uma teoria social está vinculada à ideia de estabelecimento de uma ação racional voltada para fins sociais e orientada ao entendimento<sup>119</sup>.

Com a racionalidade comunicativa Habermas tem também a preocupação de superar o modelo de compreensão da racionalidade moderna de Weber, segundo a qual racional seria toda ação entendida como adequação de meios a fins, ou seja, uma racionalidade instrumentalizada<sup>120</sup>.

A racionalidade instrumental é aquela que nos leva a uma autoafirmação bem sucedida no mundo, objetivando fins e captando meios possíveis de manipulação ou adaptação das condições do ambiente para o alcance destes fins; enquanto a comunicativa, que é mais abrangente, tem conotações que nos remonta à experiência e capacidade de dialogar sem coação, para se gerar um consenso, dentro de um discurso argumentativo em que os participantes superem a subjetividade inicial de suas respectivas visões e assegurem a unidade do mundo objetivo por meio da intersubjetividade<sup>121</sup>. A ação comunicativa se desenvolve através destes dois tipos de racionalidade, necessitando de meios capazes de manipular o mundo e produzir um consenso entre os participantes do mundo.

Para a justificação do agir comunicativo a racionalidade encontra pretensões de validade universais intersubjetivamente compartilhadas, que descrevem comportamentos chamados de “boas razões”, quais sejam: verdade das proposições, correção normativa e veracidade expressiva. Essas três pretensões de validade são condições universais, as quais

---

<sup>118</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 22.

<sup>119</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25-26.

<sup>120</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.

Na teoria habermasiana a diferenciação entre sistema e mundo da vida associa-se, em outro nível, à distinção entre agir comunicativo e agir racional com respeito a fins. O primeiro é orientado para o entendimento intersubjetivo. O segundo orienta-se na busca do êxito, distinguindo-se em dois subtipos, a ação instrumental (baseada em regras técnicas) e a ação estratégica (implica na escolha racional dos meios para influenciar o adversário). NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 75.

<sup>121</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 27.

devem se submeter qualquer ação social seja comunicativa ou não. Assim a racionalidade será avaliada nesta perspectiva: para a validade de uma ação instrumental, a verdade; para a validade de uma ação normativa, a correção; para a validade de uma ação expressiva, a sinceridade. A articulação dessas três pretensões de validade, ou seja, o cumprimento das pretensões de verdade, correção normativa e sinceridade, são as condições para que uma ação social seja considerada universalmente racional<sup>122</sup>.

As pretensões de validade, portanto auxiliam os falantes no discurso no sentido de depositar argumentos de verdade, correção normativa e sinceridade a serem reconhecidos e compreendidos por todos. Essas pretensões nos remetem aos três mundos observados por Habermas<sup>123</sup>, quais sejam, o mundo objetivo (verdade), o mundo social (correção normativa) e o mundo subjetivo (sinceridade).<sup>124</sup>

Tais referências são ao mesmo tempo contextuais e transcendentais no sentido de que compreendem contextos culturais do mundo vivido e também elevam o discurso a uma realidade universal: “De um lado, a validez exigida para as proposições e normas transcende espaços e tempos; de outro, porém, a pretensão é levantada sempre aqui e agora, em determinados contextos (...)”<sup>125</sup>. O mundo social como um mundo das relações intersubjetivas legitimamente reguladas depende do discurso e do uso correto da linguagem para que consiga ultrapassar as limitações do mundo da vida. A verdade, a correção e a

---

<sup>122</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 30-31.

<sup>123</sup> “El mundo objetivo (como conjunto de todas las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos); el mundo social (como conjunto de todas las relaciones interpersonales legítimamente reguladas), y el mundo subjetivo (como totalidad de las vivencias del hablante, a las que éste tiene un acceso privilegiado)”. HABERMAS, Jurgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 144.

<sup>124</sup> “Habermas construiu uma estrutura de racionalidade para os processos de entendimento, que se pode resumir no seguinte: a) relações de atores com um mundo formal, diferenciado em três dimensões (mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo); b) com as correspondentes pretensões de validade (verdade proposicional, correção normativa e sinceridade); c) ligados através de um consenso racionalmente motivado no reconhecimento intersubjetivo dessas pretensões de validade suscetíveis de crítica; d) onde o processo de entendimento é resultado de uma negociação cooperativa de definições compartilhadas da situação. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 492-493. Simioni diz que Habermas opta metodologicamente por um conceito formal de mundo, entendendo-o como um referencial simultaneamente objetivo, social e subjetivo, porque só um sistema formal de referência pode oportunizar um conceito reflexivo de mundo e assim ter acesso a ele através de meios negociados cooperativamente. Esses conceitos formais, segundo Habermas, impedem a subjetivização das definições. É sob essas condições que Habermas conceituará “mundo vivido” como o correlato dos processos de entendimento, como o pano de fundo da integração social baseada no entendimento comunicativo. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 32.

<sup>125</sup> HABERMAS, Jurgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002, p. 176.

sinceridade atuarão como *medium* nesta tarefa para conceber a dependência entre o discurso e o mundo. Assim “as pretensões de validade se *mediatizam* manifestamente, entre a linguagem e o mundo social, uma dependência recíproca que não existe para a relação da linguagem e o mundo objetivo”<sup>126</sup>.

A racionalidade comunicativa então se estabelece no mundo da vida na medida em que satisfaz as pretensões de validade. Segundo Habermas o conceito de racionalidade comunicativa refere-se por um lado, às várias formas de desempenho discursivo das pretensões de validade; e por outro lado, ao relacionamento entre os participantes do agir comunicativo para o legítimo envolvimento com o mundo, podendo alegar validade para as suas declarações ou emissões<sup>127</sup>.

Dentro dos três conceitos de mundo de Popper<sup>128</sup>, Habermas afirmará as pretensões de validade no sentido de colocar em reflexão e prática três tipos de ação chamadas por ele de: ação teleológica, ação regulada por normas e ação dramatúrgica.

Por meio da ação teleológica, o agente, para alcançar um fim determinado, realizará ou produzirá um estado de coisas, elegendo nas situações envolvidas os meios congruentes e adequados para atingir o objetivo. Este tipo de ação orientará o sujeito a obter uma relação com o mundo objetivo, a fim de conhecê-lo, permitindo-lhe, portanto, emitir juízos sobre os critérios de verdade e eficácia, manifestar afirmações verdadeiras ou falsas, intervenções que obtenham êxito ou fracasso. Pode-se dizer que busca pela pretensão “verdade” é muito presente na ação teleológica.<sup>129</sup>

A ação regulada por normas refere-se a um mundo social na qual os sujeitos devem agir de acordo com as regras enunciadas. Nesta ação o agente se encontra com outros sujeitos que partilham valores e regras comuns. A expectativa de cumprimento destas normas e de um comportamento generalizado por parte de todos, assim o ator não observa somente sua ação perante o mundo objetivo, mas também com o mundo social. O reconhecimento intersubjetivo é o que dá validez e legitimação à norma e conseqüentemente à ação, assim os

<sup>126</sup>HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 82.

<sup>127</sup>HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 111.

<sup>128</sup> POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

<sup>129</sup>HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 122/126.

membros de um grupo podem esperar, que cada um, numa situação correspondente, oriente sua ação por valores fixados normativamente para todos os interessados. A pretensão de correção nos remete justamente a uma reta ação orientada por normas<sup>130</sup>.

O mundo subjetivo do ator é o que mais se mostra relevante numa ação dramaturgica, contudo o conceito de ação dramaturgica vai muito além dessa afirmação, envolvendo todos os participantes de uma mesma interação, nos quais são convidados, antes mesmo de agir, a ser público uns dos outros<sup>131</sup>. O praticante de uma ação dramaturgica, assim como numa peça teatral, falará a um público e emitirá expressões de veracidade e sinceridade, dentre outros aspectos de seu mundo subjetivo<sup>132</sup>.

Nesse sentido Habermas resume cada tipo de ação dando os conceitos principais de cada uma: O modelo teleológico da ação concebe a linguagem como meio através do qual o falante é orientado para seu próprio êxito, podendo exercer influência sobre os outros, a fim de mover o adversário para formação de opiniões ou intenções que lhe convêm. O modelo normativo da ação concebe a linguagem como um meio que transmite valores culturais, sendo portador do consenso que é apenas ratificado a partir de cada novo entendimento. O modelo de ação dramaturgica pressupõe a linguagem como um meio em que tem lugar a *autoescenificación*<sup>133</sup>; o significado cognitivo das proposições e o significado interpessoal das ilocuções favorecem a sinceridade expressiva. A linguagem é relacionada às formas estilísticas e estéticas da expressão<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 123/129.

<sup>131</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 123/129.

<sup>132</sup> En la acción dramaturgica, al presentar ante los demás un determinado lado de sí mismo, el actor tiene que relacionarse con su propio mundo subjetivo. He definido éste como la totalidad de vivencias subjetivas a las que el agente tiene frente a los demás un acceso privilegiado. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 132.

<sup>133</sup> Esta expressão é central para a compreensão da ação dramaturgica e “significa, por tanto, no un comportamiento expresivo espontáneo, sino una estilización de la expresión de las propias vivencias, hecha con vistas a los espectadores”. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 124.

<sup>134</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 137.

Estes modelos conceituais de ação dão origem ao que Habermas chama de ação comunicativa, que se apresenta como uma racionalidade capaz de emancipar os sujeitos a respeito da dominação teleológica, normativa e dramaturgica<sup>135</sup>.

Finalmente, o conceito de ação comunicativa se refere à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação (seja por meios verbais ou meios extraverbais) compondo uma relação interpessoal. Os atores buscam entender-se sobre uma situação para poder assim coordenar, de comum acordo, seus planos de ação. O ponto central é justamente a interpretação que se refere primordialmente à definição e negociação das questões suscetíveis de consenso. Neste modelo de ação a linguagem ocupa uma posição de destaque<sup>136</sup>.

O agir orientado pela linguagem e para o entendimento linguístico é justamente o que forma uma ação comunicativa. Desse modo a ação comunicativa atuará como *medium* buscando a cooperação das ações entre todos os participantes, bem como o entendimento recíproco sobre as questões conflituosas. Isso levará à compreensão intersubjetiva como resultado de um processo de entendimento cooperativo:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade de relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que tem acesso privilegiado)<sup>137</sup>.

Todo sujeito que estiver disposto a participar de um discurso jurídico, no qual emitirá proposições a respeito de seus direitos e valores, bem como receberá críticas e contraproposições, o fará de maneira legítima na medida em que abordar as três pretensões de validade, compondo então uma racionalidade comunicativa orientada ao entendimento: a

<sup>135</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 37.

<sup>136</sup> HABERMAS, Jurgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 124.

<sup>137</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 79.

pretensão de que o enunciado é verdadeiro, isto é, que os conteúdos proposicionais preenchem as condições de existência na facticidade; a pretensão de que o ato de fala é correto em relação ao conteúdo normativo vigente ou de que o próprio contexto normativo vigente no qual o ato se executa seja legítimo; e a pretensão de que a intenção expressada pelo agente da fala corresponda realmente àquilo que ele pensa e acredita<sup>138</sup>.

Portanto, podemos compreender a ação comunicativa não apenas como o agir orientado por três conceitos de mundo e que emitem pretensões de validade para os atos de fala e expressão dos atores, mas também como uma coordenação das ações capazes de levar os participantes do discurso a um entendimento mútuo consensual.

Na observação obrigatória destas pretensões reside toda a legitimidade do discurso, no caso o discurso jurídico, haja vista que o sujeito envolvido poderá levantar hipóteses de resolução para as questões e conflitos por meio de uma proposição verídica, correta e sincera e ainda receber críticas e contraproposições de mesma linha, sem que ocorra a perda do discurso ou o desentendimento entre as partes. O consenso levará os participantes a adotar uma argumentação legítima, democrática e justa.

Claramente o agir comunicativo não está isento de erros ou observações incorretas, que verificadas comprometerão a universalidade e validade da ação racional e conseqüentemente deslegitimará o discurso. Justamente para se evitar esses empecilhos na racionalidade da ação, o ato de fala e expressão deve ser fundamentado, não se tratando apenas de uma justificação rasa ou superficial, mas sincera, verídica e correta o bastante para motivar a legitimação da proposição.

Também é importante frisar que o discurso necessita de um procedimento que ditará as regras e os princípios necessários a ser seguidos na coordenação e na busca pelo consenso. O procedimento também é importante no sentido de denunciar qualquer prática ilegítima ou desleal ao discurso, na medida em que ele legitima e oferece as condições ideais.

Por fim, é saliente que as pretensões de validade devem ser afirmadas na perspectiva do “nosso” mundo vivido e partilhado entre todos e não apenas do “meu” mundo individual. A partir do momento em que um sujeito participa de um discurso jurídico ele deverá estar disposto a afirmar suas proposições bem como também refutar algumas para que

---

<sup>138</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, p. 144.

haja entendimento válido. Em todo caso é imprescindível a inexistência de coação moral, física ou jurídica de modo a impelir o agente a buscar o consenso, apenas uma interpretação e argumentação coativamente racional.

## 2.2 OS PRINCÍPIOS DO DISCURSO

Defender a argumentação do discurso com base em princípios normativos racionais<sup>139</sup> é oferecer uma abordagem cognitiva da ética em contraposição às manobras evasivas de céticos à comunicação relativamente aos valores e procedimentos e ao mesmo tempo dar resposta à questão: em que sentido e que maneira os mandamentos, normas gerais e argumentos podem ser legitimamente fundamentados<sup>140</sup>. Desse modo compreender-se-á que um discurso necessita basicamente de princípios, que atuam como guia na condução dos atos de fala na dinâmica do relacionamento interpessoal.

Para Habermas tanto os princípios como as regras atuarão como pressupostos de validade universal do discurso, pois ofertarão procedimentos e formas comunicativas que poderão assentir aos participantes um consenso racional e legítimo sobre o resultado da

---

<sup>139</sup> Convém compreender que os princípios em Habermas estão relacionados ao discurso comunicativo. Habermas assimila o ponto de vista dos princípios ético-morais de Kant submetendo-o a uma reconstrução. Kant já dizia que não se pode aniquilar a universalidade moral dos princípios, pois é ela a única razão pela qual eles merecem o nome de princípios. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 128. Convém esclarecer que em uma vertente diferenciada, para Robert Alexy, por exemplo, a pretensão não nova de se conceituar os princípios da argumentação é feita a partir de sua diferenciação com as regras. Para ele tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que devem ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Alexy coloca ainda como correta a tese de que existe entre ambos uma diferença qualitativa. O critério utilizado para melhor definir essa diferença é a proposição de que Princípios são mandados de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, contem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.86-91.

<sup>140</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 78.

argumentação. “Por outras palavras, só o exercício em comum da razão deliberativa poderá produzir princípios cuja validade, sempre provisória, assenta na qualidade do acordo a que saíram”<sup>141</sup>.

Os princípios morais atuam como motivadores da unidade dos discursos práticos, como o discurso jurídico. A importância dos princípios é sentida na autenticação dos discursos práticos como práticos, motivando o regramento da prática argumentativa. Contudo, diante da relatividade dos princípios morais, Habermas aponta a necessidade de um princípio universal que sirva de regra na argumentação<sup>142</sup>. A satisfação dessa necessidade é dada pelo princípio da universalização.

O princípio da universalização (U) confere ao discurso a possibilidade de reconhecimento por parte de todos os concernidos, ou que todos os participantes tenham clareza sobre o interesse comum. Ele atua como princípio-ponte ensejador do consenso, que permite que somente sejam aceitas como válidas as normas que expressem a vontade universal, na condição de que as consequências e efeitos colaterais que resultarem quando da satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, possam ser universalmente aceitos por todos. A universalização seria princípio da argumentação cooperativa que possibilita acordos em discursos práticos, ou seja, em um discurso real e não hipotético<sup>143</sup>.

(U) Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultam da observância *universal*, para satisfação do *todo* indivíduo possam ser aceitas sem a coação por *todos* os concernidos<sup>144</sup>.

Por meio deste princípio é possível se estabelecer um discurso jurídico que englobe as pretensões de validade por meio de um procedimento que legitime a argumentação, buscando o entendimento entre os participantes. A partir disso, Habermas

<sup>141</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 411.

<sup>142</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 93.

<sup>143</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 84-88.

<sup>144</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 147.

estabelece um subprincípio, conhecido como o Princípio da Ética discursiva<sup>145</sup>, para dar fundamentação prática ao ideal de universalização.

Tanto o universalismo, quanto algumas outras preposições importantes contribuem para o estabelecimento do Princípio ético do Discurso. Este princípio sugere: a) Cognitivismo, que possibilita consenso máximo na argumentação e que as questões devem ser decididas com base em razões, refutando o ceticismo ético, que não exige fundamentação na argumentação para obtenção de um resultado consensual; b) Universalismo, na qual todos chegam ao mesmo juízo sobre a aceitabilidade das normas, contestando o relativismo ético, segundo o qual a validade do juízo só se mede pela singularidade cultural do indivíduo ou seu grupo e não se podendo chegar a uma ética universal; c) Formalismo, que marca a ética do discurso segundo a validez depositada nas pretensões formais normativas e não nos conteúdos materiais, individuais de cultura que determinam em cada caso um tipo de vida ética. Somente a partir do ponto de vista estritamente deontológico da correção normativa que se pode filtrar no discurso prático uma decisão racional<sup>146</sup>.

Superando qualquer teoria relativista da ética e da moral, Habermas afirma que “a ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo”<sup>147</sup>. Nesta perspectiva um processo discursivo prático poderá expor seus conteúdos procedimentalmente, sem se afastar do mundo da vida, no intuito de formar o consenso sobre as questões controversas e conflituosas. O formalismo ético torna-se então decisivo e imprescindível.

Mas como dito é fundamental que a observação prática dos princípios do discurso ocorra procedimental e corretivamente, sob pena de não se obter um resultado racional,

<sup>145</sup> Para melhor entender a proposta da ética do discurso Flávio Beno Siebeneichler recorda inicialmente as tradições éticas mais importantes do Ocidente: a tradição clássica, aristotélica, e a tradição kantiana. As éticas clássicas estruturam-se numa base ampla, referindo-se à questões da vida moral em geral, incluindo tudo aquilo que se pode chamar de “vida boa”, “felicidade” (Aristóteles) ou “bem comum” (São Tomás de Aquino). A teoria moral kantiana, ao contrário, toma como ponto de partida um conceito mais estreito de moral. Limita-se a tratar da base racional do *ethos*, isto é, restringe-se aos juízos éticos normativos que podem ser justificados racionalmente. Habermas atribui peso maior à segunda tradição, a de Kant, submetendo-a a uma reconstrução. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 140.

<sup>146</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 147-148.

<sup>147</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 148. Habermas ratifica que “O princípio da ética no Discurso refere-se a um procedimento, a saber, o resgate discurso de pretensões de validez normativas; nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como formal. Ela não indica orientações conteudísticas, mas um processo: um Discurso Prático”. HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 126.

legítimo e aceitável. Do mesmo modo o procedimento argumentativo influencia positivamente a construção de um Discurso ético, universal e consensual.

Por certo, também é importante fazer jus ao fato de que as formas comunicativas em muitos casos são diversificadas, e nos levam a não somente primar por um autoentendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha racional de instrumentos e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral<sup>148</sup>.

Dos princípios do Discurso decorrem pressupostos pragmáticos idealizantes da argumentação:

(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-coercitiva do melhor argumento, e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes<sup>149</sup>.

Com isso, a ética de Habermas pretende resolver o problema da fundamentação das decisões e do dever-ser moral. Habermas não apelará ao simples fato da razão, mas introduzirá os pressupostos gerais da comunicação humana, de modo a elevá-la racionalmente. Ou seja: o princípio da universalização “U” a partir de pressupostos do discurso argumentativo dará condições ideais ao agir comunicativo<sup>150</sup>. Para Habermas a justiça se resulta do cumprimento destes pressupostos pragmáticos que só são possíveis através da teoria do Discurso. A inclusão de todos os cidadãos nos limites da sua circunscrição para a participação discursiva democratiza o discurso jurídico e dá reais chances

<sup>148</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2007, p. 277.

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: Ensaio filosófico. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 46. Em outra obra Habermas aborda esses pressupostos como sendo: “(a) publicidade e inclusão: ninguém que à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão. HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 67.

<sup>150</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

de se estabelecer na sociedade assim chamada de “pós-moderna” aquilo que Habermas chama de paradigma procedimentalista do Direito.

A partir da teoria do discurso é possível se revisitar e reconstruir os conceitos e padrões jurídicos e das normas, uma vez que o discurso coloca as normas jurídicas sob a exigência de justificação argumentativa<sup>151</sup>. As normas jurídicas devem ser pensadas em subordinação aos princípios, isto é, normas de nível superior<sup>152</sup>. Essa relação do direito com princípios morais é uma relação de cooriginariedade e não de subordinação. Direito e moral passam a ter a mesma origem, ambos coproduzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião. A moral passa então a integrar os próprios princípios Constitucionais. E o Direito incorpora em seus princípios os conteúdos morais. A cooriginariedade entre direito e moral também significa codependência. A validade (legitimidade) do direito depende dos conteúdos morais e a moral depende da forma do direito<sup>153</sup>.

Nesta perspectiva podemos relacionar os princípios do Discurso com princípios processuais contemporâneos da legalidade, da igualdade, da naturalidade do juiz, do devido processo legal, entre outros, no sentido de que dão justificação às normas e práticas jurídicas. No chamado “pós-positivismo” tais princípios rearticulam Direito e Moral afastando o pensamento de que somente a legalidade estrita é meio de legitimação do Discurso jurídico. Assim os princípios mostram que o conteúdo normativo da ciência jurídica possui grande ligação com a política, com a filosofia e a moral, evidenciando a necessidade de recomposição do Discurso normativo a partir do Discurso político, filosófico e moral da teoria do Discurso.

Os princípios do Discurso trazem a ideia de que os argumentos favoráveis à legitimação do Direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, bem como com princípios éticos de conduta individual consciente e responsável.

---

<sup>151</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 96.

<sup>152</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 196.

<sup>153</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 115.

A partir do momento em que os princípios obrigam a observação das pretensões de validade universais fica quase impossível se obter um discurso irracional no qual os participantes sobrepõem-se uns aos outros. Habermas garante que as pretensões de validade e os princípios dão inquestionável motivação ao consenso e à compreensão mútua.

### 2.3 AS REGRAS DO DISCURSO E O CONSENSO PELO MELHOR ARGUMENTO

A tarefa de se formar um Discurso jurídico contemporâneo que supere tanto o irracionalismo transcendental quanto o cientificismo moderno positivista, convida o cientista jurídico, o filósofo ou o político a retomar a linguagem, a retórica e a comunicação a fim de afastar a obscuridade e a incompreensão das decisões, processos e composições.

Os esforços de Habermas para compor uma teoria jurídica pós-metafísica que dê constituição e fundamentação procedimental ao discurso jurídico resultam no alcance de um entendimento mútuo capaz de gerar legitimação dos atos, pretensões e procedimentos.

Essa teoria se apoia numa concepção fortemente normativa de entendimento mútuo, opera com pretensões de validade discursivamente resgatáveis e com suposições sobre o mundo baseadas na pragmática formal, além de vincular a compreensão dos atos de fala às condições de sua aceitabilidade racional<sup>154</sup>.

Para a aceitação e consenso recíproco de todos os envolvidos na relação jurídica, o Discurso deverá obedecer a algumas regras fundamentais que são ao mesmo tempo pragmáticas. A fim de compreender esta afirmação podemos utilizar a metáfora de um jogo de xadrez, que exige a observação estrita de suas regras pelos jogadores a fim de se validar o resultado final e haver consenso entre ambos sobre este. O jogador que aplicar a melhor

---

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.7.

estratégia vencerá a competição. Neste caso as regras são constitutivas do jogo e, portanto fundamentais. No jogo discursivo as regras também exercem função fundamental, mas não operam como “determinantes únicas” na condução do discurso, pois se fundamentam em uma pragmática formal que pode ser sabida intuitivamente e executada tacitamente, bem como se validar mediante aproximações efetivas e concordadas entre os discursantes<sup>155</sup>. Desse modo as regras do discurso jurídico são coordenadas da ação comunicativa para o consenso.

“Toda ordem social, dotada de padrões de comportamento, até certo ponto estáveis, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento”<sup>156</sup>. Quando não se obtém essa coordenação da ação, a legitimidade do discurso é posta em risco. Habermas aponta que uma das manifestações deste tipo de problema pode ser identificada como orientações individuais inconciliáveis que não permitem os sujeitos a reconhecer as regras do jogo, o objetivo e o caminho a ser seguido. Essa manifestação conduz a um discurso irracional e ilógico que não atingirá os objetivos do jogo, tampouco se legitimará. Ao contrário, para ter a coordenação da ação é necessário objetivar o consenso sobre os valores, primeiramente, e depois uma compensação de interesses<sup>157</sup>.

Desse modo compreende-se que as regras no “interior” dos discursos são indispensáveis para a validação e ação “fora” das argumentações. Tais regras situam-se no princípio ético da ação e na universalização do consenso por meio do convencimento recíproco e fundamentado<sup>158</sup>. Ainda que as regras sejam, como dito, representações de pressuposições pragmáticas, ou que não sejam observadas rigorosamente em todos os discursos, mas que ao menos sejam aproximativamente utilizadas deve ocupar lugar nas práticas argumentativas caso se pretenda obter um resultado prático isento de erros e de desaprovação.

Regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos enquanto

---

<sup>155</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 114.

<sup>156</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 176.

<sup>157</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 176.

<sup>158</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 109.

participantes em discursos racionais. Se são discursos e negociações – cuja justeza e honestidade encontram fundamento em procedimentos discursivamente embasados – o que constitui o espaço em que se pode formar uma vontade política racional, então a suposição da racionalidade que deve embasar o processo democrático tem necessariamente de se apoiar em um arranjo comunicativo muito engenhoso: tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito.

Para a compreensão de algumas regras Habermas toma dois exemplos importantes em um diálogo com Robert Alexy<sup>159</sup>: “A todo falante é lícito afirmar aquilo que ele próprio acredita” e “quem atacar um enunciado ou uma norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso”. Tais regras recordam as pretensões de validade do agir comunicativo, sobretudo a sinceridade dos falantes na crença da sua própria fala, bem como o repúdio à invocação de assuntos e fatos alheios ao que está colocado em jogo, devendo o responsável por ela fundamentar racionalmente o “porque” disso e se tal fundamento é indispensável para a condução do jogo.

É possível ainda elencar algumas regras fundamentais do Discurso que podem ser consideradas a partir de aspectos processuais:

É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar dos Discursos.

É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos<sup>160</sup>.

Regras estas que guardam relação com os ideais principiológicos processuais de Direito contemporâneo como a capacidade postulatória, legitimidade e interesse de agir, igualdade de participação tanto para o autor quanto para o réu, de produção das provas e exposição das razões de sua pretensão, bem como possibilidade de formular pedidos

<sup>159</sup> ALEXY, Robert. *Uma teoria do discurso prático*. In: W. Oelmüller (org.). *Normenbegründung, Normendurchsetzung* (Fundamentação de Normas, Imposição de normas), Paderborn 1978.

<sup>160</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 112.

juridicamente possíveis conforme seu desejo e necessidade, e a proibição de cercear a defesa, agir coativamente ou de má-fé.

A partir dessas regras fundamentais, frutos do Princípio ético, o Discurso vai conquistando validação no mundo da vida. Essa validação exigirá então, contornos programáticos necessários para fundamentação ética. Assim Habermas diz que é necessário identificar, indicar e expor os princípios, os pressupostos e as normas no discurso:

- (1) a indicação de um princípio de universalização que funcione como regra da argumentação.
- (2) a identificação de pressupostos pragmáticos da argumentação que sejam inevitáveis e tenham um conteúdo normativo.
- (3) a exposição explícita desse conteúdo normativo, por exemplo, sob a forma de regras do discurso.
- (4) a comprovação de que há uma relação de implicação material entre (3) e (1) em conexão com a ideia de justificação de normas<sup>161</sup>.

Nessas condições as regras do discurso estão obrigadas a satisfazer as pretensões de validade e aquelas que forem capazes de imposição pela força do melhor argumento serão aceitas por todos os participantes. E tudo isso coloca os participantes do discurso na condição de submissão às regras que eles mesmos definirem, mediante um consenso conquistado cooperativamente, como válidas universalmente entre todos os participantes<sup>162</sup>.

Assim as regras do discurso conduzirão os concernidos a um entendimento recíproco universal na medida em que identificar conteúdos normativos não no sentido de sobrepor uma interpretação sobre outra, mas conciliar entendimentos através da ação comunicativa, da justificação e da argumentação válida. Caso não seja possível o entendimento mútuo sobre todas as questões levantadas é admitida a coação pelo melhor argumento. A melhor argumentação é constituída de maneira racional e produzirá o consenso sobre o resultado. É nesse sentido que as regras do jogo ganham importância dentro do contexto da racionalidade comunicativa.

<sup>161</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 119-120.

<sup>162</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 103.

Essa racionalidade comunicativa exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivamente partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a um único e mesmo mundo objetivo<sup>163</sup>.

Assim para que os princípios sejam observados e as condições ideais do discurso sejam perspectivadas a forma da argumentação deve evitar que um participante simplesmente sugira ou mesmo prescreva aos outros o que é bom para eles. “Ela deve possibilitar, não somente a *imparcialidade* do juízo, mas a *ininfluenciabilidade* ou autonomia da formação de vontade”<sup>164</sup>, pois é preciso que todos tenham igualdade no direito de argumentar e expor opiniões. “Nesta medida, as regras do Discurso tem elas próprias um conteúdo normativo; elas neutralizam o desequilíbrio de poder e cuidam da igualdade de chances de impor os interesses próprios de cada um”<sup>165</sup>.

É importante frisar que nenhum dos participantes do discurso comunicativo detém o monopólio interpretativo ou acesso privilegiado à verdade, do mesmo modo que nenhum participante tem competência superior ao outro para afirmar o que deve ser tido como válido ou não. Por isso, o entendimento comunicativo, baseado nas revistas pretensões de validade só pode ser alcançado por uma única forma de coação: a coação do melhor argumento<sup>166</sup>. Por isso é que na medida em que as pretensões de validade são colocadas no discurso jurídico elas não devem se referir ao mundo objetivo particular de um participante, mas, também ao mundo dos outros participantes, sendo assim o consenso pelo melhor argumento levará a todos a participarem do mundo objetivo de modo a desfrutar e renunciar às proposições afirmadas<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação: Ensaio filosófico*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 107.

<sup>164</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 92.

<sup>165</sup> HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 92.

<sup>166</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 42. Um consenso motivado pelo melhor argumento, em Habermas, significa acordo unânime. Assim ele será o resultado de um discurso racional, não submetido à vontade da maioria e nem à vontade das minorias privilegiadas. O consenso pressupõe a exigente condição de que todos os participantes do discurso possam, em unanimidade, assentir com as proposições e ainda avaliá-las segundo as pretensões universais de validade. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 88.

<sup>167</sup> Habermas compreende ainda haver também o risco possível de dissenso no agir comunicativo. A possibilidade de não haver um acordo está também presente no agir comunicativo. Mas o risco do dissenso,

Neste ponto as regras explicitarão a necessidade de se ficar atento aos procedimentos para o reconhecimento, ainda que implícito, dos princípios do Discurso. Eis que o legado do procedimentalismo é justamente demonstrar que não é possível a emancipação dos sujeitos na sociedade contemporânea exclusivamente por meio da facticidade das normas e da racionalidade prática positiva, sem se cair em arbitrariedades e dominações. O legado leva ainda os sujeitos a participar da experiência comunicativa, como meio capaz de satisfazer as pretensões mediante o consenso, para o alcance da autonomia, da igualdade e da legitimidade.

A teoria do Discurso, as regras, os pressupostos pragmáticos bem como os princípios dão as bases para a composição de um paradigma jurídico adequado à realidade da sociedade contemporânea caracterizada pela alta pluralidade de direitos, grupos sociais e culturas e capaz de atender perfeitamente as demandas desta sociedade.

## 2.4 A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A tensão entre facticidade e validade é uma tensão entre a facticidade do direito positivo e a legitimidade pretendida por ele, sendo latentes no próprio direito<sup>168</sup>.

Desde Kant, a razão prática nos remete ao “mundo das normas” e à racionalidade humana orientada para a elaboração de regras para a convivência e a conduta individual. O Direito fica adstrito ao papel de um protagonista singular que é ao mesmo tempo fonte de

---

alimentado por contingências, surpresas, poderia tornar o entendimento entre sujeitos pelo agir comunicativo implausível se o agir comunicativo não estivesse inserido em contextos do mundo da vida que oferece apoio em um pano de fundo, que por sua vez, fornece pré-predicativos, pré-categorias ou pré-consensos na experiência do mundo vivido. A estabilidade não problemática do mundo vivido funciona como uma espécie de nivelamento entre a tensão facticidade (vigência social do direito positivado) e validade (legitimidade conquistada no mundo social). HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 40-41.

<sup>168</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 128.

todas as normas do agir. A razão prática é própria da sociedade moderna, entretanto as sociedades modernas tornaram-se tão complexas que a razão prática não se torna capaz de administrar todas as situações conflituosas. Desse modo, Habermas propõe a razão comunicativa que se distingue da prática, no sentido em que aquela atua como um *medium* linguístico que liga as interações e falas de todos os sujeitos no “mundo da vida”<sup>169</sup>. A razão comunicativa substitui a prática, ou seja, as pretensões do “dever fazer”, de uma moral corretiva, dão lugar às pretensões do “como proceder para saber o que fazer”, de uma moral procedimental.

A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho das tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade<sup>170</sup>.

A partir do momento em que a modernidade fortalece o Direito por meio de obrigações, deveres e coerções legais ou estatais, tem-se que a observação rigorosa do procedimento legislativo de elaboração das leis é de extrema importância para o Direito. Esta característica moderna pode ser perfeitamente visualizada no paradigma Liberal de Estado de Direito, que preza pelas liberdades individuais e pela autonomia privada.

Habermas assevera que tal caracterização é a grande qualidade formal do Direito moderno, “pois no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com a sua pretensão é racional, justamente por fundamentar a liberdade”<sup>171</sup>.

<sup>169</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 17-20.

<sup>170</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21.

<sup>171</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola. 2007, p.287. Habermas ainda aduz que a partir de Kant podemos observar um duplo aspecto das normas jurídicas: que são ao mesmo tempo leis coercitivas e leis de liberdade. Esse duplo aspecto auxilia a compreensão do direito moderno:

Contudo a história bem mostra que apesar de erguer uma forte construção do Direito, o Estado Liberal, com a jurisdição de Júpiter, não é capaz de zelar pela efetivação dos direitos dos cidadãos, especialmente menos favorecidos, pois “para que a liberdade do ‘poder ter e do poder adquirir’ possa preencher as expectativas de justiça, é necessário existir uma igualdade de ‘poder jurídico’”<sup>172</sup>. Tendo em vista a desigualdade existente na luta pela real efetivação dos direitos é de rigor que além da conquista da autonomia privada que confere independência ao indivíduo, este conquiste a autonomia pública, nem que para isso o Estado passe de absenteísta para assistencialista ou prestador de benefícios sociais.

A partir de então os escopos do Estado Social, em grande escala após a Segunda Guerra mundial, marcam o início da formação de um Direito pautado em asseguaração da autonomia pública dos cidadãos, no qual o Estado, para o bem estar e a normalização social, se torna interventor, legitimando toda ação jurídica na medida em que a autonomia pública dos cidadãos é alcançada.

Essa *mudança social do direito* foi entendida, inicialmente, como um processo, durante o qual, uma nova compreensão instrumental do direito, referida a ideias de justiça do Estado Social vinha sobrepor-se ao modelo do direito liberal e, no final, substituí-lo. A jurisprudência alemã interpretou este processo, que parecia dissolver a unidade clássica e a estruturação sistemática da ordem jurídica racional, tida como a única possível, como uma *crise do direito*<sup>173</sup>.

Contudo as prestações do Estado Social tornam-se um dilema, uma vez que destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade do direito, uma igualdade de fato, só conseguiram diminuir ou afastar por completo a autonomia privada dos cidadãos<sup>174</sup>.

---

o Estado deve garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de observância média das normas e por outro, a legitimidade das regras em si.

<sup>172</sup> HABERMAS, Jorgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139.

<sup>173</sup> HABERMAS, Jorgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 125.

<sup>174</sup> HABERMAS, Jorgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155. Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da “crise do estado social” reside na “insensibilidade” das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do estado social simétrica à da “cegueira social” do direito formal burguês. HABERMAS, Jorgen. *Direito e*

Esses dois modelos modernos dominam até hoje toda a história jurídica, mesmo após o surgimento do constitucionalismo, liderando sempre a busca pela segurança e autonomia jurídica. Habermas, contudo conclui que estes dois modelos estariam na realidade comprometidos com o avanço de uma sociedade jurídica produtivista e capitalista, não conseguindo se sustentar na sociedade chamada "pós-moderna", devido à alta complexidade e pluralidade social, aumentando o grau da tensão entre a facticidade (vigência social do direito) e sua validade (pretensão de legitimidade) e colocando todo o Direito num momento de crise paradigmática.

E o paradigma procurado tem que adequar-se à descrição mais apropriada das sociedades complexas; deve fazer jus à ideia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais; e superar o prolapado particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social, a qual não foi bem compreendida e faz com que (o direito) se dissolva no momento que recebe um incremento. A fixação da imagem que os juízes tem da sociedade reforça, além disso, a ideia de que a ciência do direito tem que resolver esta tarefa por si mesma.<sup>175</sup>

Assim sendo a razão prática, o mundo positivo, e o Estado paterno-assistencialista não podem conferir legitimidade ao Direito contemporâneo, na medida em que não propiciam aos seus cidadãos autonomia privada e pública, necessárias, para participação efetiva no mundo da vida, nos movimentos de discussão, na política e nas relações sociais.

A hipótese de resposta à crise moderna dada por Habermas é encontrada no *medium*, ou seja, uma racionalidade comunicativa universal capaz de oferecer um diálogo entre a lei e a vontade dos cidadãos sem a opressão dos variados tipos de dominação modernos como o poder econômico.

Apesar da ampla preocupação com a segurança e a legalidade, com a assistência e a socialidade, o problema do constitucionalismo moderno positivista e coercitivo está na sua realização. O direito imposto pelo Estado perde sua força normativa uma vez que não encontra efetividade e essa crise se dá justamente pelo fato de que a elaboração dos direitos

---

*Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 125.

<sup>175</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129.

não foi realizada pelos seus próprios destinatários. Assim o problema do direito moderno é também um problema de legitimação, do mesmo modo que o problema dos modelos de Estado Liberal e Social é a ausência de coesão objetiva entre Estado Constitucional de Direito e o modelo democrático.

O estabelecimento de um paradigma apto a corresponder, ainda que aproximativamente, aos anseios da sociedade assim contemporânea torna-se imprescindível nesta oportunidade. Desse modo a razão prática que impõe normas corretivas da ação dá lugar a uma razão comunicativa que possibilite a construção de uma moral procedimental por sujeitos autônomos e independentes. E essa moral procedimental pode ser construída discursivamente na Constituição. A solução apontada por Habermas busca justamente a coesão entre constitucionalismo e democracia, entre segurança legal e consenso, entre autonomia pública enquanto auto-organização por meio da vontade dos concernidos e autonomia privada fundada nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis<sup>176</sup>.

De toda essa abordagem resulta a tese habermasiana que defende a formação de um novo paradigma do Direito, que lhe dê fundamentação, chamado de procedimentalismo. Esse paradigma buscará a legitimação do direito, não mais baseada em leis gerais e abstratas do contrato social, mas por meio do estabelecimento de um poder comunicativo entre seus destinatários, sob as condições ideais do discurso para a transformação e melhoria de condições do mundo da vida. “Com isso o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso”<sup>177</sup>. Nesse modelo o processo democrático assegurará tanto a autonomia pública quanto a autonomia privada.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são cooriginárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve a sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave do direito procedimental do direito consiste nisso<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 291.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 309.

<sup>178</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 147.

Na visão de Ost o projeto procedimentalista instaura um direito formal que ao contrário do projeto liberal e do projeto do Estado-providência, já não antecipa um ideal determinado de sociedade, nem uma visão determinada de vida boa, nem mesmo uma opção política determinada, uma vez que é formal no sentido de que todas essas pretensões são determinadas por todos os sujeitos<sup>179</sup>.

O paradigma procedimentalista fundamentará o direito do presente na medida em que oferecerá para a solução das questões uma disputa argumentativa livre de coações, na qual a única admitida é a coação pelo melhor argumento. A legitimidade do Direito se verificará na institucionalização e aplicação dos princípios e regras do Discurso a fim de se estabelecer um poder comunicativo racional. Assim não somente os especialistas em leis obterão uma autocompreensão do Direito, mas todos os concernidos.

O direito só possuirá força de realização social na medida de sua legitimidade. A Constituição apresenta-se como um projeto de realização desta força comunicativa. As normas constitucionais que preveem procedimentos de concretização dos direitos podem servir como meio para a integração social dos cidadãos e para a formação do consenso.

Integrados à dinâmica de um processo institucionalizado em conformidade com a constituição, os fins de uma práxis que visa à “realização da razão” não vagueiam mais – como os da ação revolucionária – num vácuo jurídico-moral. Em sua forma domada pelo reformismo, a teleologia da realização é interiorizada no próprio Estado constitucional e, com isso, subordinada à normatividade da constituição<sup>180</sup>.

Na medida em que o procedimentalismo consegue introduzir no discurso e no horizonte da pré-compreensão todos os que participam de algum modo e à sua maneira na composição e interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social

---

<sup>179</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 413.

<sup>180</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaio filosófico*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 59.

poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito<sup>181</sup>.

Contudo a legitimidade do direito procedimental e do Estado constitucional democrático não se satisfaz com processos de interpretação e aplicação de “fachada”, mas encontra-se na realização contínua de políticas públicas adequadas para uma aproximação entre a idealidade constitucional e a realidade social<sup>182</sup>. Uma solução apontada por Habermas está na substituição do “caráter estático de leis eternamente em vigor, fundado no direito natural, pela dinâmica de uma legislação inteligente e ao mesmo tempo sensível aos argumentos morais”<sup>183</sup>.

A revisitação dos conceitos morais dos Princípios de Discurso, como a Universalização e a Ética, torna-se importante neste ponto, pois a justificação da práxis jurídica depende dos procedimentos discursivos, princípios morais e regras argumentativas, “assim como a moral, também o direito deve defender equitativamente a autonomia de todos os envolvidos e atingidos”<sup>184</sup>. A moral para Habermas tem importância fundamental na busca pela legitimidade do Direito, pois só se alcançará na medida em que o Direito estiver em consonância com os conteúdos morais. A moral complementa o Direito e, assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do Direito. Contudo, em sociedades complexas pluralizadas, a moral, como uma imagem integradora do mundo, tem-se desmoronado<sup>185</sup>, tornando difícil se conceber a universalização. Neste ponto Habermas diz que é a autonomia pública e privada dos cidadãos que constitui o poder comunicativo que confere legitimidade à própria moral<sup>186</sup>.

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à

<sup>181</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190.

<sup>182</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 230.

<sup>183</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaio filosófico*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 58.

<sup>184</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 289.

<sup>185</sup> HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Tradução de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000, p. 150.

<sup>186</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 115.

medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles<sup>187</sup>.

Em outras palavras, a autonomia política de todo cidadão lhe dará a legítima função de ser ao mesmo tempo autor e destinatário da norma. Desse modo forma-se o Direito procedimental na medida em que a participação ativa dos cidadãos no processo de construção e aplicação dos direitos seja efetivada.

As expectativas modernas na construção de um direito tradicional de matriz kantiana motivaram o cumprimento das normas pelos cidadãos simplesmente pelo fato de serem normas coercitivas, cujo descumprimento induziria um ilícito sujeito à sanção. O exemplo dos estados nacionais de constituição democrática mostra que houve um avanço na concepção do direito moderno no momento em que busca formas de vida boa comum, o bem coletivo e normas justas e igualitárias. Contudo essas concepções concretas de uma vida boa, em que as normas gerais abstratas são cada vez mais incrustadas, perdem seu caráter autoevidente, o mais tardar quando os atritos entre diferentes formas de vida cultural conduzem a conflitos que necessitam de regulamentação e uma resposta consensual. Neste contexto o estabelecimento de um consenso se purifica como um conceito procedimental. A expectativa de legitimidade só pode ser doravante satisfeita com o auxílio de um processo que, nas condições de inclusão de todos os concernidos e na observação dos pressupostos pragmáticos da teoria do Discurso, garanta a imparcialidade no sentido da consideração igual de todos os interesses afetados<sup>188</sup>. O Discurso, portanto exige que a argumentação seja pautada em conteúdos pragmáticos e não valorativos ou substanciais.

O argumento fundado em conteúdos procedimentais confere legitimidade ao discurso, haja vista que é posto visando um fundamento último e único. Na medida em que os argumentos se fundam em conteúdos substanciais, se apoiam em experiências e convicções que podem ser diversamente interpretadas à luz de diferentes teorias, conforme a necessidade coletiva de um determinado grupo ou individual e, que, por isso não oferecem nenhum fundamento último<sup>189</sup>. A justificação argumentativa torna-se então pressuposto pragmático

---

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2007, p. 290.

<sup>188</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: Ensaio filosófico. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 298.

<sup>189</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 83-84.

para a justiça procedimental universalista, de modo que os participantes estabeleçam o consenso por meio de uma “descentração cada vez mais expandida de sua comunidade de justificação cada vez dada”<sup>190</sup>.

Por tudo isso o paradigma procedimentalista do Direito nos leva para uma fundamentação jurídica para além da legalidade, capaz de acalmar os ânimos da tensão entre constitucionalismo – enquanto direito superior, coercitivo e garantista - e democracia – enquanto transição multicultural e realidade social em transformação. A tensão entre a idealidade constitucional em forma de “espírito objetivo” e realidade social é vencida por processos de aprendizado moral que levam as partes conflitantes a ampliar o mundo social da correção normativa. Assim cada vez mais se constrói um mundo inclusivo e comum capaz de à luz de critérios e avaliações convergentes, apreciar e resolver conflitos de forma consensual<sup>191</sup>.

Na sociedade complexa a Constituição reserva grande poder e exerce um importante papel na construção do Direito, ela trouxe a limitação do poder e a positivação dos Direitos Humanos necessários para a autonomia privada dos cidadãos. Ocorre que o modo subjetivista moderno de se ver o Direito e a sociedade não são mais passíveis de conformação e aceitabilidade. Diante disso o Direito moderno não é capaz de regular todos os conflitos e toda a realidade social, perdendo sua legitimidade, na medida em que os seus destinatários não compreendem a sua aplicação. A proposta habermasiana de um Direito procedimental transcende às expectativas até então conhecidas como válidas para a elevação dos cidadãos por meio de um direito comunicativo e democrático. A tensão entre direito e democracia, no paradigma procedimental dá lugar à possibilidade de coesão interna entre a soberania da Constituição e a soberania popular. Deixam-se os paradigmas nos quais a verdade corresponde à possibilidade legal de se verificar a decisão jurídica para estabelecer-se um *medium* linguístico racional que leve a um consenso intersubjetivo livre de coações e desigualdades.

A teoria do agir comunicativo e a racionalidade comunicativa muito contribuem na formação de um procedimento de discussão racional que integre ao mesmo tempo a verdade, a correção normativa e a sinceridade na argumentação de modo a justificá-la

---

<sup>190</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: Ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 287.

<sup>191</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: Ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 289.

validamente e legitimizar a decisão final conferindo o consenso de todos os envolvidos. Diante de uma disputa entre os paradigmas Liberal e Social, ainda dominantes na sociedade contemporânea, e que norteiam as atividades estatais, especialmente a atividade jurisdicional, a sustentação de uma nova compreensão paradigmática do direito que, formado em cultura moderna também democrática, poderia garantir um estado de direito capaz de atender às demandas de justiça social apresentadas pelos próprios cidadãos livres e iguais, através do uso público da razão em condições ideais de ação e integração comunicativa.

### 3 MÉTODOS ALTERNATIVOS E O *MEDIUM*: ENTRE A EFETIVIDADE E A LEGITIMIDADE DO DIREITO

“[...] é ainda mais útil saber que um acordo sobre normas que tenham valor de obrigação (relativamente a direitos e deveres recíprocos) não depende de estima mútua de performances culturais e estilos de vida culturais, mas apenas da suposição de que toda pessoa, enquanto pessoa tem o mesmo valor”<sup>192</sup>.

#### 3.1 O PROTAGONISMO DOS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS* NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Trata-se de uma atividade rigorosa, que engloba variadas propostas e hipóteses, a de se perspectivar no mundo prático uma concepção procedimental do direito contemporâneo própria de um Estado Democrático de Direito, capaz de estabelecer um *medium* no âmbito dos processos jurisdicionais civis. Destacam-se neste tópico do trabalho, como proposta para tanto, os métodos alternativos de resolução dos conflitos - em especial análise, a mediação - que no atual momento do processo civil tem assumido importante papel na aplicação do princípio da duração razoável e no instrumentalismo processual.

---

<sup>192</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: Ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 326.

A ampla experiência dos *alternative dispute resolutions*, destaca no direito comparado os Estados Unidos como país que conta com maior número de mecanismos diferenciados de composição de controvérsias.

Os métodos alternativos de solução dos conflitos participam do movimento de deformalização das controvérsias, segundo alguns teóricos, compreendendo a linha instrumentalista em vista da possibilidade de se evitar que o conflito gere uma disputa judicial prolongada. É vislumbrável nestes mecanismos a deformalização do próprio processo judicial ante a objetivação, aceleração e própria substituição dos procedimentos:

Há de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais<sup>193</sup>.

A institucionalização mais intensa desses mecanismos nos tempos modernos teve início no fim da década de 1970. Cappelletti já dizia que os *alternative dispute resolutions* fizeram parte do movimento universal de reforma de acesso à justiça, representando o que ele e Garth denominaram de “terceira onda de acesso à Justiça”.

Em 1976, foi realizada nos Estados Unidos em Sant Paul, Minnesota, a Conferência de Roscoe Pound<sup>194</sup>, encontro de teóricos e profissionais do direito para discutir a insatisfação com o tradicional sistema de distribuição estatal da justiça. Em tal oportunidade o professor da Faculdade de Direito de Havard Frank Sander propugnou que as cortes americanas instituíssem um sistema de “várias portas”, nas quais algumas conduziriam ao

<sup>193</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. In: Revista de Processo. São Paulo, n.46, p. 60-83, abr-jun. 1987, p. 63.

<sup>194</sup> LEVIN, A. Leo. WHEELER, Russel. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*. St. Paul, Monnesota: West Publishing Co, 1979 apud SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. *O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, nº 16, jul/set. 2011, p. 206-207. O objetivo principal desta Conferência era discutir opções e buscar melhorias no Sistema Judiciário Americano pela necessidade urgente de achar alternativas ao contencioso. Dessa Conferência surgiu a primeira modificação do artigo 16 do Regimento Federal de Processo Civil, que alterou para sempre concepções de justiça legal ao reconhecer a mediação como uma prática valiosa.

processo e outras, às vias alternativas<sup>195</sup>. A proposta da Conferência era a introdução no âmbito do Poder Judiciário de mecanismos múltiplos de resolução dos conflitos. Esses poderiam assim, ser aproveitados durante o curso do processo, ou antes mesmo do ajuizamento da ação.

A partir de então muito se falou em um sistema de “múltiplas portas”<sup>196</sup>, que seria capaz de fornecer soluções mais congruentes de forma mais efetiva, célere e de razoável custeio. Esse sistema se desenvolveria com o avanço do movimento dos *alternative dispute resolutions*, através da implementação de variados mecanismos de resolução dos conflitos nas próprias Cortes ou tribunais. Para o estabelecimento deste sistema de múltiplas portas, os cartórios, comarcas e órgãos judiciários designam assessores preparados e devidamente capacitados que atuaram na preparação do caso, recebendo as demandas e guiando cada especificidade ao tipo de procedimento mais apropriado. As partes em conflito, contudo, podem também optar pela ‘porta’ que receberá a lide. Estabelece-se assim um centro de múltiplas portas, que ofereceria, entre os mais conhecidos, a conciliação, a arbitragem e a mediação, além de muitos outros mecanismos mais utilizados neste sistema americano<sup>197</sup>.

Há algumas questões essenciais para o efetivo funcionamento do sistema de múltiplas portas e seu estabelecimento de forma solidificada dentro do sistema jurisdicional. Tais questões incluem a classificação das disputas na escolha dos procedimentos, meios de escolha recomendados disponíveis para cada procedimento de resolução de conflitos, aplicação da definição final da disputa, valorização de procedimentos para se evitar o conflito e projeto de sistema de conflitos, administração do Sistema de Múltiplas Portas nas Cortes de Justiça e revisões continuadas dos sistemas<sup>198</sup>.

No Canadá os ADR’s cresceram de forma impressionante nos anos 80, com o desenvolvimento das *Rules of Civil Procedure* e de normas comuns à maioria das províncias da *Common Law*. Essas regras encorajam as partes a negociar o resultado do processo. Interessante era notar que se o autor ou réu faz proposta de acordo, recusada pela outra parte, esta é punida, com aumento de custas, se o resultado do processo iguala ou supera o que lhe

<sup>195</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 180.

<sup>196</sup> Sistema muito avançado nos Estados Unidos especialmente nos estados da Flórida, Washington e Nova Iorque, e gradativamente são importados por outros países como Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Singapura e outros.

<sup>197</sup> SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. *O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 5, nº 16, jul/set. 2011, p. 208.

<sup>198</sup> SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. *O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 5, nº 16, jul/set. 2011, p. 211-212.

adviria da aceitação da proposta. Isso ocasionou que raros processos chegassem a fase de julgamento. Outro expediente canadense é a “mediação judicial” no quadro de uma audiência preliminar, principalmente nos casos de conflitos familiares nos quais já havia uma relação próxima entre as partes antes da litigação. Em geral este mecanismo se incorporou no Poder Judiciário no continente americano como obrigatoriedade dentro do próprio procedimento jurisdicional. A “remessa obrigatória” à mediação tornou-se recepção generalizada no Canadá e nos Estados Unidos após a explosão dos ADR’s<sup>199</sup>.

A notoriedade da mediação<sup>200</sup> dentro dos *alternative dispute resolutions* no movimento de acesso à justiça é uma proposta de contribuição para o exercício da cidadania e da civilidade entre os sujeitos conflitantes, na medida em que os incentiva buscar uma resposta solúvel às suas contradições por meio do consenso recíproco, dispensando-se a decisão adjudicada. Os argumentos contemporâneos sobre a mediação transferem sempre a mesma ideia de que a mediação é mais econômica, célere, eficaz, moderna e harmônica enquanto a justiça é cara, morosa, conflitante e desgastante. Tais argumentos induzem os juristas, os legisladores e os aplicadores do direito a compreender os métodos alternativos como principais meios de solução ao problema da morosidade da justiça, objetivando a sua racionalização e a sua imposição na jurisdição civil.

Também na União Europeia, por exemplo, a diretiva 52 do Parlamento Europeu em 21 de maio de 2008 instituiu a obrigatoriedade da mediação nos conflitos estatais internos e supranacionais<sup>201</sup>. O objetivo de fornecer um melhor acesso à justiça é parte da política da União Europeia na resolução litígios transfronteiriços servindo também como paradigma na jurisdição interna. A adoção da mediação europeia se dá mediante processo voluntário tanto na sua organização quanto no seu término, ou seja, as partes ou estados são livres para mediar

<sup>199</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abr-jun. 1994, p. 92.

<sup>200</sup> O trabalho se concentra com mais profundidade na mediação, podendo entendê-la como uma atividade a princípio, privada, e que atualmente assume o espaço processual, quer visa uma solução mais abrangente ao conflito, emitindo uma decisão continuada. A conciliação pode ser compreendida como uma função realizada pelo próprio juiz ou alguém nomeado que propõe soluções aos participantes, visando, sobretudo a solução daquele problema específico de modo menos abrangente, para finalizar a disputa judicial. Neste sentido PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no Direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.) *Processo Civil: novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 307-308.

<sup>201</sup> Jornal Oficial da União Europeia. Directiva 52/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>> Acesso em 19 de maio de 2005.

ou dispor da mediação. Contudo constitui ilegalidade a imposição de sanções ou a instituição da mediação em caráter superior à jurisdição.

Em nosso sistema jurídico brasileiro não há um sistema multiportas como acontece no norte-americano, mas desde a década de 90, os tribunais tem se orientado gradativamente para a adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos como parte das demandas judiciais, principalmente a conciliação, mediação e arbitragem, constituindo nesses mecanismos as portas de acesso à uma jurisdição inclusiva e que atenda aos anseios de celeridade e efetividade processual. A Resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça<sup>202</sup> e novo código de processo civil de 2015<sup>203</sup> são exemplos da programatização nacional no sentido de se efetivar a mediação em todos os âmbitos do judiciário.

Considerando cada vez mais ineficaz a atividade jurisdicional, especialmente pelo perfil contencioso e pela ampla recorrência à técnica processual, os chamados *alternative dispute resolutions* no sistema jurídico brasileiro de certa forma deixam de ser considerados “alternativos” – como a própria expressão demonstra – e passam a integrar a categoria de formas “essenciais” de solução dos problemas jurídicos, funcionando como efetivos equivalentes jurisdicionais<sup>204</sup>. Assim, no direito brasileiro, os métodos alternativos de solução dos conflitos não se apresentam autonomamente como no direito norte-americano, não havendo, portanto, uma separação radical com a jurisdição, mas uma utilização de maneira muito próxima, senão confundida com a atividade jurisdicional.

---

<sup>202</sup>Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único: Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

<sup>203</sup>Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...]§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...]

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...] § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 19 de agosto de 2015.

<sup>204</sup>TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p.182.

Apesar do desvio de finalidade e aplicação em nosso cenário jurisdicional, é inegável a profunda contribuição destes mecanismos, uma vez que o CPC de 2015 vem de maneira assídua consagrar a priorização dos ADR's no processo civil. Todavia, é questão árdua ter que determinar a manutenção dos padrões e garantias mínimos nessas espécies alternativas para que prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação recaiam sobre os direitos e os sujeitos. Para que essa atividade seja uma atividade política coerente com o sistema constitucional garantista, a contribuição das regras e princípios do discurso na teoria da ação comunicativa é inegável, haja vista ser método capaz de construir um sistema jurisdicional procedimental.

Segundo Cappelletti o risco, obviamente, é o de que a alternativa só proporcione uma justiça de “segunda classe”, porque muitas vezes são inevitáveis a incorreção normativa e procedimental, a falta de julgadores e mediadores treinados e capacitados, e a despreparação das próprias partes envolvidas que não possuem intenção de submeter a causa à estes métodos. Aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte, as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento comum ordinário<sup>205</sup>. A justiça de segunda classe dita por Cappelletti estaria relacionada à subtração do direito de acesso à justiça quando causas menores são estritamente empurradas à conciliação, quando os conflitos são privatizados por grupos econômicos e sociais que se proliferam na sociedade capitalista contemporânea, fazendo cada vez que o modelo instrumental e informal de processo proveniente do paradigma moderno liberal e social comprometa o estabelecimento de uma jurisdição democrática, fortalecendo cada vez mais as classes altas da sociedade.

Como bem dito, não convém que a adoção de um ADR se dê de forma generalizada, correndo-se o risco de que o mecanismo seja explorado pela parte mais forte, sempre quando não houver paridade de armas entre os litigantes<sup>206</sup>. A credibilidade e a validade destes meios alternativos só se verificarão no momento em que se observar a igualdade de participação das partes conflitantes, a qualificação do terceiro se houver e o rigor procedimental na aplicação do método. Caso contrário estar-se-ia diante da eliminação de uma controvérsia, em contrapartida não se eliminaria a possibilidade posterior de se litigar judicialmente sobre o mesmo fato. A observação da teoria do discurso segundo seus

---

<sup>205</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abr-jun. 1994, p. 89-90.

<sup>206</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abr-jun. 1994, p. 91.

princípios e regras contribui para o estabelecimento de um consenso sobre a decisão, legitimado pelo rigor procedimental e pretensões de validade quais são a verdade, a correção e a sinceridade. O despertar de um sistema processual pluralista e democrático de enfrentamento de controvérsias requer o enfrentamento de obstáculos à efetivação legítima da justiça e das decisões compostas, tais como a arbitrariedade, a dominação, a sobreposição entre partes, grupos econômicos ou sociais, bem como a insuficiência comunicativa capaz de gerar desentendimentos, desajustes normativos e infundadas decisões. A legitimidade de um sistema jurídico plural deve barrar a finalidade de dominação, mas possibilitar a integração comunicativa dos membros a fim de que estes se entendam reciprocamente.

Para Sousa Santos há uma amplificação do modelo decisório dentro do direito, ou seja, o modelo de mediação, ao contrário do modelo de adjudicação, está expressamente orientado para a contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio e, por essa via, maximiza o potencial de persuasão do discurso e o conseqüente potencial de adesão à decisão<sup>207</sup>.

Com o discurso da celeridade o processo civil tende a inclinar-se cada vez mais rápido para a flexibilização procedimental priorizando mais a liberdade e vontade das partes do que as próprias regras legais processuais, e para tanto se utiliza, como visto, de vários métodos, em especial a mediação e conciliação. Interessante comentar que o Código de Processo Civil de 2015 ousa na previsão de possibilidade de composição de um negócio jurídico processual<sup>208</sup> e na possibilidade das partes livremente definirem as regras procedimentais durante a mediação (art. 166, §4º).

Contudo para que as expectativas de legitimação e de correção das garantias constitucionais do processo sejam confirmadas, convém que a mediação se submeta à alguns

<sup>207</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 44-45.

<sup>208</sup> Definido nos artigos 190 e 191, trata-se de uma proposta de acordo entre as partes para a flexibilização dos procedimentos: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 02 de setembro de 2015.

requisitos mínimos essenciais próprios deste instituto, na sua aplicação e para a promoção de um agir comunicativo orientado ao entendimento final.

As mais expressivas produções científicas a respeito da mediação revelam que enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável pelo seu próprio destino, ela se fundamenta na dignidade da pessoa humana, promovendo-se na liberdade, na informalidade e na não competitividade<sup>209</sup>, a fim de se atingir o escopo metajurídico de pacificação social, tão defendido pela escola instrumentalista do processo. Nesta perspectiva a mediação forneceria a resolução não só da lide processual, ou seja, aquela documentada no processo – petição inicial, contestação, provas, etc. - mas, sobretudo da lide sociológica que carrega o contexto do conflito e interesses não identificados no processo<sup>210</sup>. Pela mediação as partes se beneficiariam de um chamado “empoderamento”<sup>211</sup>, a fim de se perspectivar a pacificação social pelo poder de senso comum.

No contexto da construção de um processo coeso com o Estado Democrático de Direito a mediação pode se tornar um meio de estabelecimento de um modelo democrático-participativo de processo, haja vista que se abandona o domínio exclusivo das leis e das regras jurídicas para se buscar o direito acordado e estabelecido mediante uma racionalidade comunicativa. Diante da crise paradigmática moderna, sobretudo na representação popular, na vontade legal e no exercício da justiça, a busca por uma democracia participativa toma não só âmbito administrativo ou legislativo, próprios representativos, mas também o jurisdicional. A necessidade, então, passa a exigir responsabilidade e compromisso sóciojurisdicional na construção de um Estado Democrático cujo poder popular alcance todos os níveis e funções.

As inclinações teóricas ou práticas pró-mediação são muitas, contudo muitos contras não são debatidos na doutrina e na aplicação do mecanismo no mundo prático jurídico. Para que a mediação sirva como método discursivo próprio de um modelo procedimental de jurisdição faz-se necessário desmistificar alguns pontos deste instituto

---

<sup>209</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 210.

<sup>210</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília, Distrito Federal: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil, 2012, p. 69

<sup>211</sup> Tradução do termo inglês *empowerment* presente na tese sobre a Mediação de Baruch Bush que significa busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja capacitada a dirimir os conflitos. BARUCH BUSH, Robert et al. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994. Apud AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília, Distrito Federal: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil, 2012, p. 70.

principalmente a sua utilização agressiva no processo civil. Tem-se que a total inaplicação da norma jurídica ao caso prático pode apresentar um custo institucional grande, uma vez que a decisão judicial é substituída pela decisão dos próprios jurisdicionados, levando muitos destes à insatisfação jurisdicional e a um sentimento de deficiência da justiça, podendo se tornar grave em alguns casos. Botelho de Mesquita afirma que a agressividade do uso da mediação e conciliação com vistas à efetividade pode “tornar desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo a que põe fim, estimula o nascimento de outros tantos. Abalam-se os alicerces da coesão social<sup>212</sup>”.

A agressiva preferência estatal pela conciliação e pela mediação pode ainda acarretar o enfraquecimento do direito, enquanto método de tutela dos direitos fundamentais, pois abala a confiança na lei e fortalece o entendimento de que o processo é um meio de atingir tão preferencialmente a tutela de pacificação social, política e econômica, segundo concepções instrumentais, e não como um instrumento de defesa dos próprios direitos fundamentais. Cai-se no perigo que Habermas chama de ceticismo discursivo<sup>213</sup>, no qual não se acredita nos procedimentos de argumentação e princípios do discurso, fazendo-se reparos estratégicos nos fundamentos do discurso, chegando ao ponto de recusá-lo. Este ceticismo discursivo barra o horizonte democrático dentro do processo jurisdicional fazendo com que cada vez mais sejam empregados meios neoliberais para a efetividade no sentido de “produzir o fim das demandas”, caindo-se no perigoso risco de supressão de garantias do *due process of law*.

Apesar das grandes apostas feitas na mediação, tanto legais quanto doutrinárias, na maioria das vezes a *práxis* jurídica revela que o mecanismo não concretiza tudo aquilo que promete. A dificuldade de implantação da mediação nos tribunais bem como de sua correta e legal utilização podem provocar ainda mais o alongamento e a onerosidade judicial. A realidade traduz que são pouquíssimos os ambientes forenses que se preocupam efetivamente em fornecer um meio de conciliação e mediação que atenda as exigências teóricas e legais. Na prática percebe-se que a mediação e a conciliação são utilizadas não como métodos de resolução dos conflitos, mas como meios capazes de desafogar o Judiciário e são jogadas

---

<sup>212</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame*. In: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, estudos e parecer de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 62 apud TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p.182.

<sup>213</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 98.

“goela-abaxio” das partes, simplesmente na expectativa de arquivamento dos processos. Acaba-se advogando não em nome das partes, dos direitos e garantias, mas em nome da falha administração judiciária, do aparato estatal e da atividade dos magistrados. Antes mesmo de iniciada, a jurisdição perspectiva o seu rápido fim.

A mediação fora dos gonzos e a inobservância de suas regras em nome da máxima informalidade e liberdade podem trazer grandes prejuízos tanto ao sujeito quanto ao processo judicial enquanto atividade política. Não é por acaso que a mediação e os outros mecanismos são identificados como “alternativos”, ou seja, que representa outra via, que não o caminho da jurisdição. Dai porque as qualidades comumente apontadas pelos defensores e difusores da mediação, são qualidades que podem ser visualizadas quando da sua forma *in natura*, isto é, a mediação que pode ser utilizada no sistema de múltiplas portas americano, no âmbito das escolas, na associação de moradores, nos centros de conciliação dentre outros. “No ambiente forense, muitas dessas qualidades podem ficar comprometidas”<sup>214</sup>.

A ausência de pesquisas empíricas e a pouca produção crítica sobre a utilização da mediação pelos juristas, bem como a maior produção de argumentos e embasamentos teóricos a seu favor, mostram que estes institutos são bem compreendidos apenas na teoria, mas que na prática deixam ainda muito a se desejar.

A indagação consiste na forma tomada pela mediação no cenário prático dos processos jurisdicionais. A tendência é que haja a gradativa supressão de restrições a sua utilização<sup>215</sup>, ou seja, que seja uma regra para qualquer tipo de procedimento jurisdicional civil. Por bem, ressalta-se que os processos jurisdicionais são revestidos por procedimentos formais, ritos engessados, controlados no tempo e coercitivos, enquanto a técnica referente à mediação é informal e livre. Assim, pergunta-se como um mecanismo informal, como a mediação, que na prática se concretiza em sessões sem foco determinado, que teoricamente não poderia ter prazo certo para terminar, se encaixe legitimamente no âmbito dos procedimentos jurisdicionais formais?<sup>216</sup>

Podem ocorrer inúmeros fatídicos que causam confusões procedimentais afetando a legitimidade das decisões judiciais. Tomando alguns casos jurisprudenciais analisou-se que

<sup>214</sup> FILPO, Klever Paulo Leal. *Os juízes não aderiram à mediação*. In: Revista Lex Humana, Petrópolis, v.6, n.2, p. 60-81, 2014, p. 67.

<sup>215</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 263.

<sup>216</sup> FILPO, Klever Paulo Leal. *Os juízes não aderiram à mediação*. In: Revista Lex Humana, Petrópolis, v.6, n.2, p. 60-81, 2014, p. 70.

houve processos em que o acordo realizado fora do procedimento e protocolado não foi acatado em sentença, havendo posterior cassação desta no Tribunal e a homologação da transação<sup>217</sup>. Em outro após a publicação da sentença a parte vencida interpõe recurso e em seguida faz-se uma sessão de mediação, prejudicando a análise do recurso pelo Tribunal<sup>218</sup>. No geral o acordo homologado realizado em sessão de mediação ou conciliação tem força de coisa julgada, enquanto a sentença para obter efeito de coisa julgada necessita do transcorrer

<sup>217</sup> Apelação Cível 0201144-34.2011.8.13.0056. Relator: Desembargador Corrêa Junior. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgamento: 28/06/2013. Ementa: Família - Exoneração de alimentos - Inépcia recursal afastada - Congruência entre o reclamo e a prestação jurisdicional vergastada - Nulidade da citação - Ausência de prejuízo - Eficácia do ato de cientificação - *Transação reconhecendo a cessação do direito à pensão alimentícia - Protocolo antecedente à prolatação da sentença - Necessidade de prévio conhecimento - Sentença cassada* - art. 515, §3º, do CPC - Causa madura - Representação processual no acordo - Poderes expressamente outorgados - revogação tácita das procurações antecedentes - Violação do código de ética da OAB - Matéria não passível de conhecimento nesta sede - Vício de consentimento - Ausência de comprovação - Recurso provido - *Transação homologada - Processo extinto nos termos do artigo 269, inciso III, do CPC.*

1. A congruência verificada entre as razões de insurreição aviadas no recurso interposto e o teor da sentença fustigada denota o respeito ao princípio da dialeticidade e, em consequência, justificam o afastamento da arguição de inépcia da apelação.

2. Mostrando-se concretizada a cientificação colimada com a citação imprimida ao feito, tanto que juntado aos autos o decorrente instrumento de procuração, deixa de ser constatado o prejuízo justificador da nulidade asseverada.

3. *O protocolo de petição de acordo em momento antecedente à prolatação de sentença de improcedência do pedido impõe a cassação do decisum e a imediata apreciação da transação, nos termos do artigo 515, §3º, do C.P.C.*

4. Expressamente outorgados pela Ré poderes de representação ao causídico signatário da petição do acordo, o que inclusive deságua da revogação tácita dos antecedentes instrumentos de mandato, não se afigura caracterizado *in casu* o vício ensejador da nulidade da avença pactuada, máxime por improvada qualquer mácula no consentimento manifestado na transação.

5. Por representar providência estranha aos limites objetivos da presente ação, eventual irrisignação de ordem administrativo- disciplinar deve ser dirimida na seara própria.

6. *Inequivocamente declarada pelas partes a cessação, em 17 de outubro de 2011, do direito ao recebimento da pensão alimentícia debatida na ação, a homologação da transação e a extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso III, do C.P.C., são medidas que se impõem.*

7. *Recurso provido. Sentença cassada. Transação homologada.*

Disponível

em:

<[<sup>218</sup> Apelação n° 000477-10.2008.8.19.0011. Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho. 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Julgamento: 30/07/2013. Ementa: Fábio Roberto Moreira Pedrosa ajuizou ação de guarda contra Maria Inês Coelho Fernandes. A sentença julgou improcedente o pedido \(fls. 232/233\). O autor interpôs apelação \(fls. 237/256\). Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso \(fls. 232/233\). Sobreveio manifestação conjunta das partes informando a celebração de acordo, através de mediação \(fls. 316/320\). \*Sendo assim, homologo o acordo celebrado pelas partes e julgo extinto o processo com resolução de mérito \(art. 269, III do CPC\). Em consequência, declaro prejudicado o recurso\*”. Disponível em:](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=11&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=acordo%20direito%20fam%EDlia%20extin% E7%E3o%20processo%20apela% E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em 24 de junho de 2015. Pesquisado por palavras-chave: transação; sentença.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<

de todos os prazos recursais<sup>219</sup>. Em todos os casos verifica-se que a regra majoritária é a sacralização da autocomposição em detrimento da decisão jurisdicional mediante um procedimento.

Interessante que os próprios juízes, a qualquer tempo, incidentalmente ou mesmo depois de prolatada a sentença, podem submeter as partes às sessões de mediação, pelo simples “sentir”, não sendo necessário dar o seu “porque”, ou seja, sua fundamentação. Isso favorece cada vez mais à construção de um “direito dos juízes”, chamado por Ost de direito Hercúleo, muito comum no paradigma de Estado Social, no qual estes são os aptos a dizer e todos os outros a se submeter, ainda que não haja explicação racional e lógica para tanto.

No mais essa é a face do processo civil contemporâneo, um processo feito não por todos os envolvidos, mas pelos juízes. Nesta análise é possível dizer que as decisões, a jurisprudência e as resoluções estão se fortalecendo cada vez mais, e conseqüentemente enfraquecendo os princípios, as regras constitucionais e as garantias, especialmente o *due process of law*. Os juristas, os jurisdicionados e a própria sociedade valorizam mais a palavra do juiz, seja ela como e qual for, do que seus próprios direitos e garantias, em nome da agilidade e efetividade. As leis caminham também neste sentido, de instrumentalização, como se uma palavra já dissesse tudo. Por este motivo é que tanto as decisões quanto as leis instrumentais roubam a cena. Contudo são como um sopro que vem e vai e não conseguem se validar e legitimar.

A mediação e a conciliação não são introduzidas no processo jurisdicional para substituí-lo, colocando em cheque toda a possibilidade de construção comunicativa. Aposta-se na sua aplicação coordenada e procedimental, na qual se possa estabelecer o legítimo agir comunicativo entre os falantes e para isso é necessária a submissão às regras do discurso e às garantias processuais. O consenso na mediação só será formado na medida em que ela se realizar procedimentalmente nos processos e casos específicos, o que contrapõe a prática atual, aplicada em caráter ágil e imediatista a fim de se resolver o problema da massa processual e da falibilidade da administração judiciária.

---

<sup>219</sup> Apelação nº 0138181-68.2012.8.13.0342, Relator: Desembargador Domingos Coelho, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Julgamento: 17/06/2015. Ementa: Ação de revisão contratual – Acordo Homologado judicialmente – Eficácia entre as partes – Efeito de coisa julgada – Ausência de Interesse de Agir – Extinção do processo - A transação é negócio jurídico bilateral, instrumento pelo qual as partes interessadas fazem concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas, nos termos do artigo 840 do Código Civil de 2002. - Havendo composição das pretensões das partes, desaparece o caráter litigioso da coisa e, portanto, ausente o interesse de agir. - Recurso não provido. Pesquisado por palavras-chave: acordo; coisa julgada.

### 3.2 A JURISDIÇÃO PROCEDIMENTALISTA

As considerações até então apresentadas sobre o modelo jurisdicional do presente, bem como os problemas enfrentados relacionados à legitimação do processo jurisdicional evidenciam o plano de que este principal modelo atual reflete uma técnica instrumental a serviço da própria jurisdição como poder ou como atividade estatal, se resumindo na atividade de um juiz, e não uma atividade política de tutela de direitos e garantias, nas quais os cidadãos possam exercer liberdades comunicativas segundo os princípios constitucionais de direito e princípios éticos discursivos.

Tais considerações evidenciam que as atividades dos juristas resumem-se em aplicação das técnicas jurisdicionais no sentido de reforçar o poder estatal ou dos juízes e ainda em garantir os escopos estatais nos anseios da urgência, sem, no entanto, propor uma compreensão sobre os marcos democráticos, próprios do Estado Democrático de Direito, para a legitimação do direito processual. Considera-se a partir disso que o processo não é formado dentro de uma ciência, mas dentro de uma técnica intensiva e burocrática. Com a tecnificação da jurisdição, tem-se uma dominação estatal legitimada, o que para Weber traduzia a forma de atividade econômica capitalista, regida pelo direito privado burguês e da dominação burocrática. Assim a visão técnica da jurisdição contribuiu para a adequação de uma instrumentalidade orientada para determinados fins estatais<sup>220</sup>.

Percebe-se que a instrumentalidade técnica e a deformalização processual oferecem uma concepção de jurisdição orientada ao êxito, à produtividade estatal e ao lucro, revestindo-se de finalidades sociais, mas que na realidade estão comprometidas com uma visão capitalista de dominação e exercício do poder. Nessa perspectiva o marco democrático

---

<sup>220</sup> LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p.130-131. Falamos de uma instrumentalização processual não orientada ao entendimento e legitimação da decisão, mas à eficiência e efetividade de direitos, o que na prática não acontece, tornando-se agressiva e não efetivadora dos direitos.

distancia-se cada vez mais dos espaços políticos, administrativos e jurisdicionais, fazendo com que as ações não sejam orientadas ao que Habermas chama de agir comunicativo orientado ao entendimento mútuo<sup>221</sup>.

Neste sentido Ost<sup>222</sup>:

Ou a processualização acentuará a sua rejeição de qualquer razão substancial a priori, e confundir-se-á com o jogo auto-referido e formal de estabelecimento de valores convencionais num mercado; ou reconhecerá os ideais de emancipação que a inspiram, mas então será obrigada a rever algumas das suas formulações, e terá de reconsiderar um determinado número das suas propostas práticas.

Não é coerente conceber uma jurisdição orientada ao exclusivo êxito econômico ou pretensamente social sob o atual marco Democrático de Estado de Direito. Por isso é que as atuais concepções instrumentalistas e as abordagens técnicas do processo jurisdicional encontram-se defasadas e não satisfazem as pretensões de legitimação social. Por isso é que o sentimento de insatisfação social perante a justiça cresce diante de demandas ora onerosas e lentas, ora céleres e incompreensíveis.

O que se tem no sistema jurídico vigente é uma jurisdição revestida de um decisionismo judicial, ou uma jurisdição como atividade estatal salvacionista pelo juiz que sob o pretexto de permitir operacionalidade, impõe mecanismos sem um procedimento correto, reduz as expectativas de argumentação das partes e se abstém da indagação sobre a legitimidade democrática destas atuações<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Neste sentido, Lúcio Antônio Chamon Júnior, esclarece que a Economia e o Estado seriam sistemas, para Habermas, que possuem uma linguagem própria, um *medium* que os caracteriza e que determina qual ação é aquela a ser tomada racionalmente em um determinado momento contextualizado. A busca do lucro na Economia, ou o uso do poder (administrativo) na esfera do Estado, é determinado racionalmente não mediante uma ação orientada ao entendimento, mas antes pelo uso instrumental da razão: o sujeito que, no campo da Economia, procura o lucro não tem sua ação determinada de maneira comunicativa ao entendimento, mas antes é orientada ao sucesso: o lucro é a finalidade da ação que, enquanto tal, só tem uma alternativa, qual seja, buscar através de um cálculo que inclui os projetos de outros sujeitos, sua finalidade. O agir estratégico marca, portanto, o sistema da Economia e do Estado na medida em que a racionalidade está orientada não para o entendimento, mas para o êxito. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas e*, Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 122.

<sup>222</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 410-411.

<sup>223</sup> LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p.134.

Nesta perspectiva é que Habermas analisa que os paradigmas do “direito formal burguês e do direito material do Estado Social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem sucedidos na moderna história do direito”<sup>224</sup>, ou seja, tais paradigmas revelam inclusive que os contornos da jurisdição moderna até os dias de hoje tramitam entre o texto legal e uma realidade social em si mesma. Enquanto tais paradigmas se mostram cada vez mais insustentáveis diante dos novos direitos, novas perspectivas, novos grupos sociais dentro de uma sociedade pluralista e multiculturalista, a proposta de jurisdição procedimental segundo a concepção de Habermas é a que mais se adequa às exigências do modelo de Estado Democrático de Direito. Pois “o direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma (como queria Kelsen), ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito gerando legitimidade”<sup>225</sup>.

Sob o enfoque do paradigma procedimentalista<sup>226</sup>, a jurisdição que assim também chamamos de procedimentalista é capaz de absorver tanto o paradigma formalista do direito, quanto o paradigma materialista. Assim a proposta de uma jurisdição procedimentalista atua como *medium* da tensão entre a facticidade do princípio da segurança jurídica e a validade da pretensão ideal de se tomar decisões jurídicas corretas.

---

<sup>224</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 242.

<sup>225</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 172.

Para a construção do paradigma procedimental, como dito “a teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem, no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regem o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugiram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugiram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 280.

<sup>226</sup> Para Habermas a teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, mas também o jurídico, em sentido mais amplo, englobando, portanto, todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito enquanto tal. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, a teoria do discurso leva em conta as perspectivas de todos os participantes, do jurista especializado, do legislador político, da administração e dos membros do direito enquanto clientes e cidadãos. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 242. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 186.

A partir das novas bases constitucionais democráticas de processo trazidas pelo neoconstitucionalismo e das contribuições da teoria do discurso a proposta de um modelo jurisdicional procedimentalista traz possibilidades de compreensão do procedimento como método legitimador das decisões e construtor da cidadania de tal modo que as técnicas processuais resultem um diálogo procedimental entre juízes, juristas e cidadãos e não mais um meio de exercício do poder que vise, em caráter de urgência, produções em massa concluídas com êxito.

Há, portanto uma precisão no estabelecimento de um modelo jurisdicional que emita resoluções e decisões aceitáveis do ponto de vista de sua validação, cumprindo com os pressupostos e não somente de sua facticidade.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o Direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas de um legislador e da justiça ou de tradições de um direito consuetudinário. E essa história institucional do Direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito<sup>227</sup>.

Diante de uma avalanche de leis e ritos que objetivem aceleração da atividade processual, bem como a composição de acordos e resoluções rápidas sem custo, somente com base em procedimentos racionais será possível obter um *medium* jurisdicional entre segurança jurídica e correção da decisão.

As propostas dos *alternative dispute resolutions* dentro do universo jurisdicional a fim de dar uma construção da decisão mais fundamentada e orientada pelo entendimento são legítimas na jurisdição procedimentalista ao ponto em que são introduzidas com base nos princípios constitucionais, nos princípios discursivos e nos procedimentos de racionalidade comunicativa. Essa é a jurisdição comunicativa de Hermes, que se utiliza de mecanismos de

---

<sup>227</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 246.

mediação para a composição de um modelo jurisdicional/processual procedimental adequado ao Estado Democrático de Direito.

As atividades processuais dentro desse paradigma jurisdicional utilizam os métodos que visam acelerar a prestação da tutela jurisdicional, não de forma descontrolada ou despachada, como se tem evidenciado na prática presente, mas o fazem enquanto mediam as tensões que tais métodos podem gerar com os princípios do devido processo legal, ampla defesa, e igualdade, tudo sob uma perspectiva procedimental. Desse modo é possível se aplicar os *alternative dispute resolutions* sob o enfoque procedimental orientado ao entendimento e não sob uma técnica orientada ao êxito e a fins econômicos. Para isso é possível estabelecer que na mediação devam ser respeitadas regras procedimentais, assim como regras e princípios<sup>228</sup> da teoria do discurso comunicativo.

Portanto qual a melhor forma ou por quais procedimentos as normas e os atos jurídicos podem ser corretamente aplicados por processos de entendimento motivados pelo melhor argumento? É certo que os atos devem primeiramente se submeter às disposições jurídicas afirmadas pela Constituição, sobretudo aos princípios processuais. De igual forma, o método utilizado deve enfrentar as apreensões provocadas pelo conflito, movimentando-se

---

<sup>228</sup>O princípio do discurso colocado por Habermas vem fazer referência a exigências pós-convencionais de legitimidade; equivale dizer que tal princípio – enquanto referido e referente a um momento em que a tensão entre facticidade e validade não mais pode ser neutralizada por uma forma de vida homogênea e compartilhada em instituições fortes e constantes no mundo da vida, nem por figuras/sentimentos sacros – reflete, assim uma abertura comunicativa de conteúdos e de participantes que, enquanto tal, fora construída socialmente. Assim é que o princípio do discurso enuncia D: válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) as quais todos que possam ver-se afetados por ela pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 141-142. Ver também: CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas e*, Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121-173.

O Código de Processo civil de 2015 traz em seu texto, um dispositivo interessante que aponta princípios que devem reger os procedimentos de mediação. Vejamos

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 08 de outubro de 2015.

através dos enunciados e discursos colocados em pauta para proporcionar uma comunicação intersubjetiva e solidária entre os participantes. Assim teremos o desenvolvimento de um procedimento de mediação ou conciliação comunicativo pelo qual, ter-se-ia a resolução do conflito jurídico e a validação do direito e da decisão.

A partir de tais premissas é possível compor uma mediação procedimentalista capaz de atuar como meio de decisão no Estado Democrático de Direito possuindo elementos pilares para sua eficácia jurisdicional, quais sejam, a voluntariedade democrática do mecanismo, a estrutura do processo e procedimento, a igualdade de tratamento entre as partes, o agir orientado ao entendimento e a ajuda de um mediador.

Primeiramente é preciso compreender que para que haja uma mediação com perspectivas democráticas e discursivas não se deve impor esse instituto às partes dentro de um processo com vistas à fins estatais de celeridade, caso contrário não haverá real mediação da tensão entre facticidade e a validade do processo. Imprescindível é, portanto que haja um consenso recíproco entre os jurisdicionados a cerca da possibilidade e vontade de debate sobre o conflito em sessões de mediação e conciliação<sup>229</sup>. Desse modo fica claro que o cidadão não é apenas um destinatário das atividades jurisdicionais ou políticas, e ainda um cliente das decisões judiciais, mas participante efetivo na produção do Direito.

A partir do momento em que seja possível a utilização do mecanismo, por vontade e deliberação das partes, proceder-se-á à sessão de mediação ou conciliação, seguindo os princípios e as regras do discurso.

No geral, as mediações realizadas atualmente no âmbito jurisdicional não obedecem a um procedimento, princípios ou regras para a condução do conflito rumo à resolução. Pode-se dizer que neste ponto reside o problema do déficit de legitimação do processo jurisdicional, ou seja, a revelação prática de que a agressiva sessão de conciliação e mediação pode trazer sentimentos de frustração, inaceitabilidade e insatisfação ao participante processual, no momento em que não se encontra integralmente preparado racional ou

---

<sup>229</sup> O princípio da aceitabilidade refere-se que as partes devem estar dispostas a permitir que uma terceira pessoa entre na disputa e os ajude a chegar a uma definição. Aceitabilidade não significa necessariamente que os disputantes estejam dispostos a se submeter às decisões do mediador, mas que aprovam sua presença e estão dispostas a ouvir e considerar suas sugestões. MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Tradução de Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

emocionalmente para argumentar e compor acordo<sup>230</sup>. Resta claro que desse modo não haverá consenso na resolução do conflito, mas imposições e coações sejam de uma parte sobre outra, de agentes judiciários ou conciliadores sobre as partes, de magistrados sobre advogados, causando desordens no agir comunicativo orientado ao entendimento.

Por isso é que a proposta de jurisdição procedimentalista necessita da contribuição dos princípios e regras do discurso<sup>231</sup> para a orientação dos procedimentos jurisdicionais, especialmente os de mediação e conciliação.

Considerado a partir de aspectos processuais, o discurso argumentativo apresenta-se finalmente, como um processo comunicacional que, em relação com o objetivo de um acordo racionalmente motivado, tem que satisfazer à condições inverossímeis. No discurso argumentativo mostram-se estruturas de uma situação de fala que está particularmente imunizada contra a repressão e desigualdade: ela apresenta-se como uma forma de comunicação suficientemente aproximada de condições ideais<sup>232</sup>.

Nesta ordem de raciocínio fica claro evidenciar que a ação dos sujeitos processuais será coordenada segundo os critérios da racionalidade comunicativa, na qual os participantes analisam suas próprias argumentações segundo pretensões de validade que podem estar conectadas com o mundo objetivo ou com as coisas, com o mundo social das normas ou com o mundo subjetivo de suas vivências e emoções. Em torno dessas pretensões

---

<sup>230</sup> Nesse sentido Niklas Luhmann deixa claro que não se pode compreender os procedimentos como uma sequência fixa de ações determinadas, mas deve ser interpretado a partir de decisões seletivas dos participantes que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível. Desse modo rompe-se com o ritualismo que impede a expressão e reforça os sentimentos de medo e insegurança. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 37-38.

<sup>231</sup> Ratificando os princípios anotados para Habermas:

É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar dos Discursos.

É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 112.

<sup>232</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 111.

ter-se-ia um consenso imediato entre os sujeitos processuais ou habilitar-se-ia a possibilidade de consenso por meio da argumentação<sup>233</sup>.

Quanto ao direito à participação e argumentação processual na forma constitucional, a atividade mediativa segundo os critérios da jurisdição procedimentalista exigirá ampla observação do princípio da isonomia processual, da universalidade e da impossibilidade de coerção para a formação de regras que correspondem às condições ideais de discurso jurisdicional. As regras apontadas por Habermas se referem à participação efetiva no procedimento sugerindo que toda pessoa que tiver capacidade postulatória pode tomar parte no discurso; à liberdade de discussão, na problematização, na expressão e fundamentação e à impossibilidade de um sujeito no processo ser impedido de exercer os direitos fundamentais estabelecidos por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso<sup>234</sup>.

Trata-se, a mediação, portanto, de um mecanismo destinado ao reconhecimento das pretensões de validade normativa dentro do discurso processual, pressupondo a formação de um resultado consensual no qual todas as partes saíam vencedoras, uma vez que encontraram o ponto do discurso que orienta ao entendimento recíproco fazendo com que se tornem participantes. Desse modo não teremos uma técnica jurisdicional massiva e indisciplinada, mas a proposta de um processo jurisdicional democrático no qual se pode exercer os direitos fundamentais dentro de uma atividade política.

Vale colocar em pauta o trabalho de Moore que traça possíveis resultados em mediações. Pode-se dizer que a mediação gerida por ações comunicativas orientadas ao entendimento levará, ou a “resultados de vencedor-vencedor” ou a “resultados de compromisso”<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> Alexy traz a ideia de regra geral de justificação, na qual todo orador precisa dar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa de dar justificação. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 110-111.

<sup>234</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 112.

<sup>235</sup> Os resultados de vencedor-vencedor ocorrem quando todos os participantes sentem que seus interesses foram mutuamente satisfeitos; quando os mesmos não se envolvem em discursos de poder, mas de entendimento e quando estão livres para cooperar e se envolver na decisão conjunta.

Os resultados de compromisso ocorrem quando os participantes abrem mão de alguns objetivos para atingirem outros em nome do entendimento. Isso geralmente ocorre quando há um argumento sobressai e o outro não possui força para vencer, havendo espaço para cooperação, no qual um ou ambos assumirão compromissos

A estrutura do processo é importante para a adoção do procedimento comunicativo a ser utilizado. Pode haver mediações entre pessoas naturais e pessoas jurídicas, entre duas pessoas jurídicas e por fim, entre pessoas naturais, que é o foco deste estudo. Em suma, a natureza do relacionamento entre as partes é fator necessário de investigação para o deslinde do procedimento. É preciso, portanto que haja uma forma de triagem e filtragem, feita em conjunto pelo juiz, procuradores e mediadores, no início do processo jurisdicional, a fim de se realmente saber quais elementos psicológicos e jurídicos fazem parte daquele caso e o discernimento do mecanismo adequado à aplicação<sup>236</sup>.

Sobre as interferências do mediador, que precisa ser pessoa preparada e instruída na área, devem respeitar os limites da função no sentido de ajudar as partes a chegarem voluntariamente ao consenso, agindo de maneira a minimizar os desentendimentos fortalecendo o diálogo e o discurso, agindo como facilitador do processo sem apresentar seu ponto de vista e seus argumentos<sup>237</sup>. O mediador interpreta a figura de Hermes formando um procedimento mais humano, reconhecendo limitações dos participantes e buscando apoios. Por fim, se mostra como alguém neutro e que goze de boa-fé e credibilidade capaz de se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito<sup>238</sup>.

Enquanto que na jurisdição de Júpiter e Hércules o juiz possui papel de destaque, na de Hermes as partes e seus procuradores. Por isso destaca-se a função pública do advogado neste modelo jurisdicional. O advogado assume papel de defensor das garantias e organizador do discurso processual. No ambiente da mediação, não é necessário que ele assuma o papel de

posteriores. MOORE, Christopher W. O processo de mediação. Tradução de Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 97.

<sup>236</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no Direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.) *Processo Civil: novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 303. Diz o autor que não se trata de uma divisão de competências entre adjudicação e mediação, e muito menos formas generalizadas de mecanismos alternativos, mas sim combinação mediante um racional e efetivo procedimento. Em suma em relações interpessoais continuadas como nos casos de direito de família uma mediação procedimentalista poderá trazer mais efetividade à decisão do que a sentença judicial.

<sup>237</sup> O mediador pode assumir vários papéis para ajudar as partes na composição da decisão: Facilitador da comunicação; legitimador no sentido de ajudar as partes a reconhecerem os direitos de cada uma; facilitador do processo; treinador dos negociadores iniciantes; inexperientes ou despreparados no processo; ampliador de recursos no sentido de buscar recursos, especialidades, técnicas externas; explorador do problema a partir de várias perspectivas; agente de realidade que ajuda na elaboração de um acordo razoável desafiando as partes que tem objetivos radicais e não realistas; bode expiatório que pode assumir responsabilidade ou culpa por uma decisão impopular que as partes, apesar de tudo, estejam dispostas a aceitar; líder na orientação de questões processuais e fundamentais. MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Tradução de Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 31.

<sup>238</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. v.2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 377.

mediador, porém sua presença é importante, a fim de possibilitar a garantia do procedimento, as prerrogativas das partes e o agir comunicativo.

Por bem, cabe salientar que estas proposições não estão sendo colocadas de forma absoluta, contudo a constatação do consenso dentro do procedimento de mediação presumir-se-ia que houve uma ação comunicativa procedimental discursiva. Em muitas das hipóteses é preciso se constatar que há entre as partes uma preparação integral, ou seja, tanto no seu argumento ou proposição quanto no seu emocional<sup>239</sup>, levando-se sempre em consideração o princípio da voluntariedade. Obviamente, o acordo final não constitui o fim último do processo, podendo as partes optar pela decisão jurídica adjudicada e pelo procedimento legal, mas constitui meio hábil a levar o processo à sua legitimação por meio de ações comunicativas, fazendo com que os sujeitos não sejam meras partes, mas efetivos participantes políticos no exercício do poder e da decisão.

Ost reconhece que a mediação não constitui toda legitimidade do direito, como alguns têm sustentado, observando que o essencialmente necessário é a formação de laços entre procedimentos jurisdicionais e direitos fundamentais. No encontro da identidade dialética (do outro), os procedimentos jurídicos universalizarão e igualarão, ao menos parcialmente, o direito e o discurso<sup>240</sup>.

Por isso emprega-se a concepção de que o processo jurisdicional procedimental não se trata de uma justificação jurídico-legal simplesmente, ainda que os processos pressuponham regulamentação legal, mas trata-se, em uma abordagem mais ampla, de uma transformação estrutural da expectativa, através de um processo efetivo de comunicação que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos: trata-se, portanto de um acontecimento real e não de relação mental normativa<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Pinho salienta que é possível e também preciso que se advertam as partes sobre a impossibilidade de chegar ao consenso quando esta via encontrar-se irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o tipo de conflito. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no Direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.) *Processo Civil: novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 300.

<sup>240</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007. p. 126. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

<sup>241</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 35.

Pensa-se que a jurisdição procedimentalista não busca desenfreadamente a decisão final pela via consensual, mas prepara os participantes à composição de um discurso procedimental orientado ao entendimento mútuo. Caso não seja possível uma mediação procedimental de forma prévia, ou seja, anterior à instauração do processo, as partes podem na própria inicial informar a impossibilidade de se obter consenso. Daí o processo jurisdicional seguirá o procedimento legítimo em consonância aos direitos fundamentais e princípios da ética do discurso estabelecendo um *medium* entre a facticidade e a legitimidade racional comunicativa.

A possibilidade de mediação dentro do processo sugere a voluntariedade e necessidade do discurso. Da maneira em que o judiciário nacional tem se valido deste mecanismo no contexto atual, sob o pretexto de celeridade e efetividade, não se pode esperar decisão jurídica legitimada. Ao contrário estes fins voltados ao êxito imediato e à produtividade, só aumentarão o labor da justiça, a insatisfação social e o déficit de aceitação do resultado dos processos, fazendo com que percorram por mais anos, em recursos e estratégias voltadas ao lucro.

De tal forma, a mediação procedimentalista deve ocorrer tenuemente no contexto jurídico, em especial na facticidade continuada das relações intersubjetivas, nas quais os sujeitos mesmo após o processo continuarão a se relacionar, e nos casos em que voluntariamente se fizer necessária e possível.

A validade ou sentimento de legitimidade das atividades jurisdicionais é resultado do tratamento discursivo que um conflito recebe no contexto de um procedimento. Portanto a observação das pretensões de validade discursiva, princípios e regras do discurso interferem diretamente no procedimento como um todo e conseqüentemente na legitimação da decisão final.

No fim o objetivo de legitimação da decisão dentro do processo será estabelecido diante do respeito às regras e princípios do discurso entrelaçados aos direitos fundamentais constitucionais dentro do procedimento jurisdicional adotado, seja ele adjudicado ou mediado.

### 3.3 O SENTIDO DA EFETIVIDADE: ENTRE CELERIDADE E LEGITIMIDADE

O processo jurisdicional moderno de alguma forma deixa de se preocupar com a questão do acesso à justiça no sentido de inclusão e abertura da jurisdição à totalidade dos cidadãos do Estado para adentrar na discussão de sua efetividade, o que para a dogmática jurídica tradicional pode ser compreendida como efetividade da prestação jurisdicional. Por bem, a efetividade pode ser referenciada sob muitas perspectivas e visões que, na maioria, estão relacionadas à questão da duração e do tempo processual.

No tempo presente, como salientado, uma das concepções mais fortes de processo está relacionada à perspectiva instrumental da jurisdição, de modo a se conceber um processo célere, eficaz e justo capaz de tutelar não tão somente os direitos fundamentais ou matérias estritamente relacionados ao Direito, mas também escopos metajurídicos, relacionados a outros sistemas sociais, como a política e a economia.

Tais perspectivas se coadunam perfeitamente com os paradigmas jurídicos modernos do Estado Liberal e Social, abrindo a hipótese de que a prática processual contemporânea está ainda muito comprometida com ideologias neoliberais<sup>242</sup> e sociais de modo a orientar o procedimento ao êxito de maneira rápida e efetiva.

Dialogando com Habermas, podemos dizer que há uma diferença significativa entre o processo jurisdicional comunicativo e procedimental e o processo jurisdicional célere e econômico. A economia para Habermas é um sistema que possui linguagem própria, um *medium* que a caracteriza e que determina qual ação que deve ser tomada. Desse modo, a busca do lucro na economia, ou uso do poder administrativo no âmbito estatal, é determinado racionalmente não mediante uma ação orientada ao entendimento, mas antes pelo uso estratégico da razão instrumental o que conduzirá sempre os sujeitos ao sucesso e não ao entendimento<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> Neste sentido também François Ost, quando afirma que o pensamento processual já não escapa ao perigo de ser utilizado como uma racionalização bem oportuna de um modelo neoliberal em busca de legitimidade. OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 410.

<sup>243</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas e*, Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 122.

Assim a concepção de efetividade está claramente relacionada ao sucesso processual no seu sentido econômico, político e social, e muitas das vezes não corresponde às expectativas democráticas da sociedade contemporânea pluralista.

Por isso, facilmente pode ser visualizada uma prática processual agressiva e célere orientada ao êxito, fomentando cada vez mais a dinâmica do poder estatal pautada nos juízes e nas decisões jurídicas sem fundamentação no intuito de se findar os procedimentos e arquivar a lide definitivamente, sem, contudo se preocupar com a efetividade no sentido formal, ou seja, a legitimação das decisões.

Nesse sentido é que se afirma que "o caminho que se faz e o tempo utilizado para atingir determinado objetivo não se podem desintegrar da maturação das coisas e dos procedimentos que tornam os fins bens sucedidos"<sup>244</sup>.

Em nome da efetividade, enquanto celeridade-produtividade, o processo caminha para a crença de que o indecível faz sentido<sup>245</sup>, ou seja, a crença de que há um processo incapaz de emitir decisões racionais, de maneira procedimental e dialógica, e que qualquer pretensão de validade possa ser negociada em nome do êxito e do término da discussão.

Boaventura de Souza Santos aborda ainda que a orientação do processo ao êxito ou à produção pode afetar a isonomia processual, confirmando que é bem possível que a informalização e a aceleração acarretem consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais<sup>246</sup>.

Encontramo-nos em um estado de urgência permanente, emancipando-nos de qualquer herança! A sociedade na dinâmica da urgência e do imediatismo vai se constituindo em sistemas praticamente experimentais, dedicando-se a autopilotar-se sem modelo preestabelecido<sup>247</sup>. É como se a sociedade jurídica validasse a "lei da necessidade"

---

<sup>244</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 355.

<sup>245</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 409.

<sup>246</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ªed. São Paulo: Cortez, 2010, p.180.

<sup>247</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 350.

suplantando as “leis reais”, ou seja, em nome do que é provisório, rápido e produtivo abandona-se o estável, racional e real.

Ost exemplifica as implicações da urgência no campo social e jurídico: a celeridade é tirada do domínio do econômico, como um cassino funcionando em tempo real, vinte e quatro horas por dia, tem como escopo multiplicar a massa e a velocidade de circulação do capital, desligado da regulamentação. Aí se desenvolve uma economia especulativa, libertada do presente e do concreto, e, contudo geradora de fabulosos lucros<sup>248</sup>. A justiça legal é uma criação humana e não um mistério de alta administração burocrática, devendo sempre mudar a medida que o bem estar social exige novos contornos. Os juízes não devem perder de vista os valores das normas jurídicas, que pesam a favor de ler as leis e disposições constitucionais da forma como são escritas, e são eles próprios pragmáticos. Contudo, raramente tais disposições são tão claras em termos de contexto e história, bem como em termos de semântica, que preocupações práticas urgentes não possam ser harmonizadas pela interpretação, mas apenas pela recusa em se comunicar a lei<sup>249</sup>.

Um efeito da generalização da urgência é a desqualificação que acarreta da expectativa, da duração e das transições. Prometendo o de imediato, a urgência alimenta uma cultura da impaciência que faz surgir qualquer atraso como dilação insuportável e qualquer transição como bloqueio institucional criticável. O sentido da expectativa sai profundamente alterado: longe de ser um tempo de preparação e uma fonte de esperança, ela será doravante entendida como uma fonte de atraso e frustração<sup>250</sup>. Em outras palavras a efetividade jurisdicional não gerará segurança, qualidade e satisfação, mas tão somente expectativas não confirmadas e promessas não concretizadas.

Neste sentido é que Habermas procura reaver a relação entre a instrumentalidade e a indisponibilidade do Direito. A tensão entre aquilo que é instrumental e aquilo que é seguro só pode ser mediada a partir da argumentação jurídica. A conexão entre a instrumentalidade e

---

<sup>248</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 353.

<sup>249</sup> POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 234-235.

<sup>250</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 355.

a indisponibilidade tem um significado decisivo no relacionamento do direito positivo com a moral e a política segundo condições ideais de mediação<sup>251</sup>.

Costuma-se dizer que a Justiça é avaliada pela quantidade de sua produção. E essa é uma das principais preocupações dos Tribunais, do Conselho Nacional de Justiça e dos magistrados. No geral isso não significa que algo está totalmente errado, pois é preciso que haja a movimentação do aparelho jurisdicional para a emissão de decisões justas em prazo razoável. Os retrocessos residem especificamente na centralização da celeridade no momento atual, o que se pode revelar agressivo aos direitos fundamentais e garantias processuais. Decisões emitidas em curto prazo por juízes ou partes em mediação impulsionados por avaliações, números e extinções processuais, correm o risco de serem afetadas na qualidade, fundamentação e racionalidade.

A rapidez a custo de todo o procedimento pode ao final equivaler a uma decisão não aceitável ou sem fundamento. A segurança do procedimento não exclui a celeridade do mesmo, ao contrário exige a mesma segurança e controle da rapidez a fim de que não seja quebrada a fórmula que aufere legitimidade dos meios para a legitimação dos fins.

O procedimento que confere a validação da decisão jurídica é o caminho seguro e legítimo para que os anseios de celeridade não se tornem agressivos. Tal procedimento é dado pelo *medium* entre a lei, os princípios constitucionais e a teoria discursiva da racionalidade comunicativa. Nessas condições a efetividade processual conquista uma concepção mais ampla, constituindo um princípio que segundo concepções procedimentais garante a efetividade do processo, a legitimação do resultado, a aceitação dos envolvidos e o entendimento mútuo sobre a decisão.

Em outras palavras a efetividade formal aplicada no âmbito dos processos jurisdicionais é capaz de estabelecer um *medium* entre os anseios de legalidade, próprias do projeto liberal e os anseios de acessibilidade e celeridade próprias do projeto de Estado-providência. A efetividade formal constrói, de modo procedimental e comunicativo, as bases de um processo legítimo, justo e eficaz entre os participantes. Não se trata, pois, de apenas uma entrega do bem da vida ao interessado em tempo razoável, mas de uma efetiva

---

<sup>251</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 109-110.

participação democrática na construção da decisão, respeitando-se a legislação, o tempo processual e o agir comunicativo orientado ao entendimento, de modo a garantir legitimação.

Até aqui o trabalho compreendeu que não basta transformar as pretensões conflitantes em aplicações técnicas para que haja uma rápida decisão pelo caminho menos oneroso. Para que o preenchimento da função socialmente integradora e democrática da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito seja realizado, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente as condições de aceitabilidade racional e de uma prática argumentativa de decisão jurídica. Portanto, se tem de um lado, a segurança jurídica e de outro a legitimidade das decisões, exigindo concomitantemente a aplicação de um direito positivo estabelecido tradicionalmente, e apto a observar as pretensões de legitimação no contexto de uma sociedade atual plural, devendo as decisões serem fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas pelos membros do direito. Assim a aplicação do direito procedimental é capaz de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção<sup>252</sup>. É capaz de garantir simultaneamente a efetividade do processo e a legitimidade das decisões emitidas nele.

O processo jurisdicional procedimental do Estado Democrático de Direito estabelece, pois, através do *medium* comunicativo o equilíbrio da tensão entre os anseios sociais pela celeridade e efetividade processual e as pretensões de legitimação das atividades e decisões jurídicas segundo as regras constitucionais do devido processo legal.

A eficácia da metodologia empregada para a obtenção deste resultado racional equilibrado pode ser encontrada no procedimento, assim como os mecanismos alternativos de resolução de conflitos necessitam de um procedimento capaz de gerar legitimação de sua aplicação e de seu resultado final e sucessivamente um consenso entre todos os seus concernidos.

---

<sup>252</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247.

### 3.4 CONSENSO E DIFERENÇA: O PROCEDIMENTO ENTRE HABERMAS E LUHMANN

As condições ideais de um discurso jurídico segundo a teoria exposta neste trabalho sofrem variadas críticas entre elas a que diz que o consenso procedimental não deve passar de um ideal, incapaz de se firmar no plano real. Neste tópico será abordado em caráter sumário, alguns destes pontos, sobretudo as discussões a respeito da legitimação procedimental entre Habermas e Niklas Luhmann.

O consenso segundo condições ideais da teoria discursiva do direito seria um objetivo incapaz de sair do plano do ideal?

Em todos os âmbitos de análise do sistema social pode-se compreender a teoria de Habermas como adequada ou não. Por exemplo, no espaço jurídico ela pode ser legítima ou não para a solução dos problemas referentes ao processo jurisdicional e à decisão jurídica. Pode haver expectativas de sua aplicação na *práxis* ou não. Isso pode ser analisado pelo fato de que a teoria do discurso ainda encontra resistências na comunidade acadêmica e científica, o que quer dizer que a própria teoria ainda não conquistou consenso entre os juristas, políticos, cientistas sociais e econômicos.

Há críticas que aduzem a teoria apenas como uma proposta que fica somente no plano intelectual, sendo incapaz de ser interpretada, debatida e defendida nas questões práticas do Direito e da sociedade política. Há ainda vertentes críticas que indagam sobre a real possibilidade da teoria procedimental do Discurso ser aplicada em um país de terceiro mundo como o Brasil, de “modernidade tardia”<sup>253</sup>, mas somente ser validada em países ricos e com baixo grau de complexidade multicultural como a Alemanha natal de Habermas<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>254</sup> O autor colombiano Ricardo Sanín Restrepo também emite críticas ao sujeito político proposto por Habermas, pois este já é fabricado para a ação política em um pano de fundo político predeterminado. Assim fica como que não visualizável, em um mundo como o latino-americano, onde há exclusão, ausência de cultura e educação, a formação de sujeitos aptos à participação de um discurso político, se todos esses conflitos são abandonados quando o sujeito participa do discurso. Neste sentido o escritor colombiano acredita que a teoria discursiva habermasiana não representa uma teoria democrática, pois na realidade seria um instrumento a serviço do capitalismo liberal, legitimando e perpetuando a exclusão social. LOBO, Bárbara Natália Lages; NOTARO,

Contudo muitos ainda não compreenderam que a ideia central de Habermas é uma compreensão discursiva da sociedade capaz de resgatar a racionalidade da *práxis*, assumindo, para tanto, uma postura reconstrutiva. Somente quando se garantem procedimentos institucionalizados para a produção do direito é que se pode construir legitimamente o direito<sup>255</sup>.

A teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann pode nos oferecer reflexões importantes a respeito da teoria do discurso. Luhmann aponta em um momento “a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância<sup>256</sup>”, e que é preciso superar os antigos fundamentos jusnaturalistas ou métodos variáveis de consenso sobre a legitimidade das decisões.

Como estudado, a ação comunicativa orientada ao consenso forma o núcleo da teoria política de Habermas, no qual procedimentos de discussão e argumentação levam os sujeitos ao entendimento mútuo, segundo a observação de pretensões de validade universais. Luhmann de certa forma entende que já existe uma espécie de consenso básico sobre o que é objetivamente justo e injusto no caso particular e que isso é capaz de dar estabilidade ao sistema. Com o avanço científico e o progresso civilizacional, cresce concomitantemente a complexidade social, requerendo mudanças inclusive nas formas de obtenção de consenso objetivo sobre as questões<sup>257</sup>.

Em análise luhmanniana, a legitimação é um processo que se forma por dois componentes que segundo a teoria sistêmica formam um código binário que revela o conceito de um sistema através da sua *antonymia*. Desse modo Luhmann utiliza o binômio certeza/incerteza: a certeza de que será tomada uma decisão e a incerteza quanto à natureza desta, e, sobretudo, a incerteza quanto ao resultado que é essencial ao procedimento. Através destes componentes os participantes contribuirão para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas conduzindo pelo caminho do processo jurídico rumo à decisão. Se

---

Camila Antunes. *Linguagem e Direito: A oposição de Ricardo Sanín Restrepo ao procedimentalismo de Jurgen Habermas*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 203-220, jan-jun/2014, p. 217-219.

<sup>255</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185-186.

<sup>256</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 30.

<sup>257</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 31.

não houvesse a incerteza, não se teria um processo jurídico singular<sup>258</sup>. Assim Luhmann abre uma nova possibilidade de compreensão da legitimação dos procedimentos jurídicos: Por meio da diferença, a solução não pode ser produzida senão pelo próprio sistema, isto é, internamente, não sendo, portanto adequado a interferência de métodos ou operações externas.

Sobre essa incerteza quanto à decisão, Luhmann vê o procedimento jurídico como uma expectativa contingente que deve sempre se situar no paradoxo da incerteza. Habermas vê o procedimento como forma legítima de se reconstruir a sociedade e solucionar os problemas por meio de um agir comunicativo<sup>259</sup>.

Nessa perspectiva, Luhmann interpreta o processo jurisdicional como um procedimento constituído com base na diferenciação e pela consolidação de seus limites frente ao seu ambiente<sup>260</sup>. Afastando-se da linha procedimental discursiva de Habermas com ações comunicativas orientadas ao entendimento, Luhmann emite críticas à solução dos problemas jurídicos mediante consenso, afirmando que esta tarefa exige uma atividade muito mais profunda. A solução dos problemas jurídicos para ele devem ser ditas ou autoproduzidas dentro do sistema do próprio problema, exigindo assim a redução da complexidade do próprio sistema. Nesse sentido Luhmann, ao contrário de Habermas, não aposta na solução dos problemas sociais por meio da reconstrução do discurso e de uma teoria da comunicação, mas na autoprodução das soluções por meio dos próprios problemas que a sociedade autoproduz<sup>261</sup>.

A crítica luhmanniana a Habermas então é, sobretudo na não observação pela Teoria do Discurso sobre aquilo que seria ilegítimo ao procedimento para a produção deste. Por isso a questão da legitimidade em Habermas, introduzindo uma necessidade de referência a “qualificações normativas” e princípios do Discurso não poderia ser capaz de estabelecer a comprovação daquilo que é ilegítimo em sede jurisdicional, certamente porque, para

---

<sup>258</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 45-46.

<sup>259</sup> No contexto dos procedimentos de instauração e aplicação da mediação, como estudado, verificou-se que a incerteza sobre o resultado, num primeiro momento, mostra-se como requisito de validade fornecendo a compreensão de que os participantes do processo não podem ter certeza sobre uma futura decisão entre eles, mas, num segundo momento, que esta seja estabelecida mediante a ação comunicativa e o consenso discursivo.

<sup>260</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 53.

<sup>261</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 278.

Luhmann, isto refletiria uma não-conectividade ao sistema, o que, portanto, não caberia ao próprio sistema jurídico decidir a cerca da validade e não-validade. Assim para Luhmann a validade apesar de descrita de um ponto de vista externo, necessariamente está implicada internamente ao próprio sistema. A validade então não estaria no discurso ou num procedimento exterior comunicativo como em Habermas ou ainda numa norma fundamental exterior como em Kelsen, mas circula nas operações do próprio sistema jurídico<sup>262</sup>.

Luhmann observa a positividade do direito como a possibilidade de que a decisão receba sua significação e validação do próprio sistema jurídico. Assim a noção de autopoiese, fechamento operacional do sistema jurídico passa a construir legitimamente o cerne do conceito de positividade<sup>263</sup>. Neste ponto a crítica à teoria da ação comunicativa adentra o universo da autonomia sistêmica, não havendo assim possibilidades de se observar um sistema jurídico-processual autônomo o bastante para emitir decisões mediante operações próprias, devendo contar sempre com outros sistemas, como a política, a moral.

A questão da autonomia do Direito para Habermas não é deixada de lado com sua teoria do agir comunicativo, mas o autor faz uma abordagem relacionando e fundamentando a autonomia à moral, o que se distingue da maneira radical com a qual Luhmann esboça na sua teoria sistêmica<sup>264</sup>.

É pertinente considerar então que as críticas das referidas teorias se colocam no exercício de confronto entre a diferenciação e o consenso<sup>265</sup>. Em Luhmann a decisão jurídica pode ser interpretada através da diferenciação, ou seja, como um código-diferença entre “lícito/ilícito” “direito/não-direito”. Excluem-se assim as possibilidades de abertura às representações morais ou políticas, dispondo de um código-diferença do sistema jurídico entre

<sup>262</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75-76.

<sup>263</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 80.

<sup>264</sup> Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e por, esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há direito autônomo sem democracia realizada. HABERMAS, Jurgen. *Wieist Legitimitat durch Legalitat möglich?* 1987 apud NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 107.

<sup>265</sup> Luhmann trata a diferenciação como a possibilidade de se construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, e portanto, que essas estruturas sistêmicas sejam reconhecidas após filtragem (redução da complexidade) na comunicação. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 53.

o lícito e o ilícito exclusivamente<sup>266</sup>. Assim, a pretensão habermasiana de se construir democraticamente a decisão pelos sujeitos a partir do consenso e entendimento comunicativo, para Luhmann isso não passa de uma pretensão “bem intencionada”<sup>267</sup> altamente hipotética, enfatizando que a solução é dada pela diferenciação, pela seletividade das opções de solução e redução da complexidade problemática, para que o próprio sistema processual estabeleça os procedimentos capazes de selecionar a decisão.

Enquanto que Habermas pensa numa prática comunicativa, que no mundo da vida se orientaria pela obtenção, mantimento ou renovação do consenso baseado no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade, a teoria dos sistemas autorreferenciais se formularia através da diferenciação: a obtenção, o mantimento e a renovação do consenso estaria no dissenso<sup>268</sup>. Autorreferência e heteroreferência são operações irreduzíveis uma à outra e é exatamente aí que está o paradoxo fundamental entre o pensamento de Habermas e Luhmann<sup>269</sup>.

Algumas críticas habermasianas a isso se colocam no ponto em que a ideia da diferenciação retira a força do procedimento possibilitando assim a legitimação do poder, em outras palavras, a decisão dada unicamente pelo próprio sistema jurídico afasta as pretensões democráticas do estado contemporâneo, fortalecendo os altos poderes do sistema jurídico. A capacidade de descrever o direito mediante diferenciação, por uma parte se desliga das normas morais e éticas ou das normas morais fundamentadas no direito natural, que se tornam estranhas ao direito, e por outra parte, se desenvolve independente da política, o que nos faz perguntar a Luhmann como ainda é possível se obter a legitimidade das decisões exclusivamente por meio da legalidade<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup>NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 80.

<sup>267</sup> “El hecho de haber presentado Habermas nociones tan complejas como el entendimiento del <ser> (o reglas para el uso de lenguajes?) basado en razones, es decir, de habernos introducido en un nivel de construcción teoría relativamente concreto, deberá tener consecuencias muy amplias. Mi impresión ES que una teoría así concebida no puede controlar adecuadamente su propia auto-referencia, sino que solo puede afirmarse a sí misma como bien intencionada”. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 132. Ver também: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 278.

<sup>268</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 129.

<sup>269</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 307.

<sup>270</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 224.

Nesta perspectiva a qualidade deontológica das normas jurídicas é redefinida para uma compreensão puramente funcional, segundo concepções positivistas. A legitimidade então será explicada através da legalidade trazendo a ilusão de estabilização do sistema jurídico, que é imposto pelo próprio código com que opera o direito. Contudo este modelo de legitimação do sistema jurídico também não é passível de sustentação nas sociedades complexas, haja vista a impossibilidade de redução das complexidades que são constantemente reproduzidas no ambiente social. Quanto mais complexas se tornam as sociedades, tanto maior é também a pressão que se exerce sobre o sistema jurídico para que se submeta a alterações e cooperações de outros sistemas<sup>271</sup>. Desse modo, a teoria sistêmica exigirá adaptações internas a partir da observação do ambiente social e estas adaptações serão processadas pelo sistema segundo o seu código, e segundo sua auto-observação<sup>272</sup>.

Contudo observa-se que adaptações exigem tempo para serem incorporadas de maneira efetiva no sistema, o que levaria a concluir que a teoria sistêmica pode provocar no direito uma adaptação acelerada das alterações do ambiente, o que pode comprometer toda a construção da legitimidade da decisão jurídica. Como vimos, num diagnóstico temporal, as pretensões de aceleração com vistas à rápida adaptação do sistema às complexidades sociais podem provocar déficits de legitimação e aceitação social da decisão.

As operações de adaptação de uma sociedade que se apresenta cada vez mais complexa exige do sistema jurídico uma tomada de decisões sensíveis ao contexto fático, dispostas a aprender e a se flexibilizar<sup>273</sup>. Somente por meio de uma ação comunicativa orientada ao entendimento podem-se firmar tais condições ideais.

Em outra perspectiva não é possível também pela teoria de Luhmann levantar os princípios e costumes como fundamentos das decisões jurídicas, a não ser quando um ‘direito consuetudinário’ passa a ser reconhecido por determinado órgão jurisdicional. A teoria dos sistemas, como perspectivada por Habermas, concede ao juiz um poder muito grande sob o pretexto de que a autopoieses do sistema tem que continuar, mesmo quando o sistema tromba com os próprios limites. Assim a justiça jurisdicional e seu delineamento oferecido por Luhmann é tratada sempre em termos funcionais ou empíricos, sendo uma decisão justa não

---

<sup>271</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 223.

<sup>272</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 66.

<sup>273</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 226.

aquela que se rende a valores ou padrões morais ou costumeiros, mas antes uma decisão consistente. A consistência enquanto algo a ser verificado internamente como referente ao próprio sistema, permitiria um certo grau de racionalidade que se apresentaria como limitada em determinadas situações<sup>274</sup>.

Habermas em um momento acusa os fundamentos da teoria dos sistemas de Luhmann como que tal perspectiva, no contexto do Estado Democrático, seria grave ao ponto de tornar aceitáveis as extremas diferenças sociais dentro de uma sociedade constituída democraticamente por cidadãos dignos de ascensão, tornando-a inclusive incapaz de abrir espaços para expectativas de melhoria no mundo da vida e condições ideais de vida digna<sup>275</sup>.

Contudo Luhmann aduz que não é o Direito que deve se subordinar ao Estado Democrático, mas o contrário. No modelo teórico sistêmico, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como autonomia operacional do direito. Assim ele pode ser definido como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político, significando que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao jurídico, resultando numa interdependência destes sistemas<sup>276</sup>.

Entre Habermas e Luhmann estão as expectativas de se estabelecer um direito contemporâneo que seja capaz de responder às expectativas sociais do presente. Eis que ambos autores mostram de diferentes maneiras uma saída para tais questões. Seja de maneira quase transcendental numa perspectiva de melhoria das condições de vida boa e de um futuro melhor dentro de um mundo da vida repleto de tensões capazes de ser mediadas; seja de maneira empírica e sistêmica que mesmo que não se renda totalmente às esperanças de um mundo melhor fornece uma explicação bem fundamentada do sistema jurídico e de uma sociedade autoconstrutiva.

Este talvez seja um esforço de mostrar que as expectativas sociais de melhoria dos sistemas político, social e jurisdicional seja possível de variadas formas. Assim, mesmo que a teoria da ação comunicativa orientada ao consenso não alcance o próprio consenso na ciência jurídica, ela não deixa de ser um marco possível de legitimação jurídica no contexto do

---

<sup>274</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97-108.

<sup>275</sup> HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*: ensayos políticos. Tradução de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000, p. 123.

<sup>276</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã*: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 85-89.

Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva procedimental, democrática e aberta ao diálogo e ao entendimento. Tal ideal se desenvolverá como resultado do movimento das leis das sociedades humanas rumo ao que Habermas chama de sociedade mundial, não a serviço do capital ou do poder, da imposição ou dominação, mas a serviço da solidariedade, do diálogo e da paz... Se o sonho comanda a vida, a utopia ajuda a fazer o caminho.

## CONCLUSÃO

“[...] como os gênios pensadores, políticos e econômicos, hão de existir sempre, porque existe de feito a socialização do saber, assim em ciência, como em música, em pintura, em direito e em poesia, e a inteligência individual reserva-se-lhe o poder de aprender, de criar e fabricar coisas novas, espiar melhor e mais admiravelmente a natureza, de interpretar melhor os fatos sociais e remediar sabiamente os males econômicos de um país”.<sup>277</sup>

De um lado o Constitucionalismo trouxe ao processo jurisdicional a segurança da participação, e a garantia do acesso à jurisdição; de outro lado a Democracia, sugere que a participação e o acesso se deem de modo integral e dialógico, uma vez que as transições e movimentações próprias de um modelo democrático implicam no amplo reconhecimento dos plurais e complexos contextos sociais, requerendo para fundamentação das decisões, uma ampla discussão sobre as realidades distintas. Neste sentido, trabalhando pela coesão entre Estado Constitucional de Direito e Democracia, a proposta deste trabalho de trazer ao âmbito dos processos jurisdicionais um caminho mais adequado e coerente com as perspectivas constitucionais e democráticas encontrou no procedimentalismo e na teoria do discurso de Habermas a opção capaz de realizar o *medium* entre a facticidade do direito positivo e a validade de suas perspectivas contextuais democráticas.

Diante da crise moderna os variados esforços direcionam ao pensamento e reflexão de um Direito contemporâneo capaz de romper ou então desconstruir as ideologias não mais integralmente sustentáveis e que ainda imperam no universo jurídico. Assim o processo no contexto presente requer mais ajustes que no modelo Liberal de Júpiter, no qual se verificava o império da lei e a atividade processual apenas como mero exercício do direito

---

<sup>277</sup> MIRANDA, Pontes de. À margem do Direito. Campinas: Bookseller, 2002, p. 97.

de ação; e no Estado Social de Hércules no qual se intensifica a questão do acesso à justiça como direito fundamental valorizando assim a atividade dos juízes. Desse modo o processo jurisdicional comunicativo de Hermes apresentou-se como um legítimo instrumento de exercício das garantias constitucionais, pois se fundamenta na teoria do discurso e na ação comunicativa orientada ao consenso, sugerindo a utilização de métodos que visem o conhecimento intersubjetivo e dialógico das questões civis. Tal concepção traz implicações positivas no direito processual contemporâneo, sugerindo um processo civil que resulte na participação conjunta de procedimento legal, participação discursiva e princípios constitucionais.

Um modelo jurisdicional inclusivo, de amplo acesso à justiça e de amplas decisões jurídicas de modo a assistir, prestar benefícios às partes, em si é um avanço. Entretanto, mostrou-se que a cultura da judicialização pode levar os juízes a um excessivo ativismo da decisão jurídica, colocando em questão o problema das expectativas temporais da prestação jurisdicional. A concepção moderna instrumentalista de jurisdição veio intervir neste problema, a fim de que a morosidade não atrapalhe os ganhos resultantes do modelo social de jurisdição inclusiva, fortalecendo a ideia de um processo mais informal e célere de modo a se perspectivar além de finalidades jurídicas, finalidades metajurídicas, como o interesse econômico e político.

Desse modo as perspectivas de aceleração das atividades com vistas à rápida conclusão do processo, que inicialmente se apresentaram como positivas, em uma segunda análise mostraram que estão muito relacionados a uma perspectiva neoliberal, com finalidades de aumento de lucro e poder, ambos relacionados ao Estado, retornando ou senão reafirmando, como nos modelos liberal e social, aos ideais econômicos e políticos, que podem muitas vezes sobrepor interesses democráticos e garantistas de participação.

Os interesses de aceleração agressiva baseados na lucratividade, na produção em massa e no exercício indiscriminado do poder de decisão, são determinados racionalmente não mediante uma ação orientada ao entendimento, mas antes pelo uso instrumental da razão orientada ao sucesso que acabaram “colonizando o mundo processual”. Assim o agir estratégico marca o sistema processual nos modelos modernos ao tempo em que a racionalidade não está orientada ao consenso, mas sim ao êxito, conservando a ideia de uma jurisdição disposta a atingir finalidades estatais de exercício do poder e interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado.

Os projetos de celeridade das atividades jurisdicionais devem observar o contexto e a aplicação prática, para que não se deem de modo agressivo e descomprometido gerando perdas ao cidadão e também ao próprio Estado. Não deve se tornar regra no sistema jurídico, justamente pela diversidade e complexidade do sistema social, que exige amplas discussões em perspectivas dialógicas. No geral, em sociedades plurais, como é a brasileira, se torna cada vez mais difícil conceber de forma rápida um resultado efetivo e legítimo. Os ideais instrumentais podem ser perspectivados com maior sucesso talvez em lugares onde os valores sejam mais uniformemente compartilhados. O pluralismo jurídico e a complexidade social de nosso Estado ensejam o agir comunicativo e a participação paritária nas discussões para que se alcance um resultado legítimo sobre aqueles que sofrerão seus efeitos. Neste sentido é que compreendemos a importância da legitimidade dos procedimentos. Essa é uma necessidade que requer tempo e que não podem ser resolvidas de maneira irracional e ilógica. Embora a sociedade demande por decisões velozes e resultados práticos, é preciso se colocar em pauta, a dinâmica adequada à realidade social para se chegar ao fim. Em outras palavras não é implantando ou traspassando procedimentos sem reflexões preliminares da realidade local que se alcançará a legitimação dos resultados.

É justamente neste sentido que a teoria do discurso se mostrou apta a legitimar as decisões dos processos jurisdicionais, pois estabelece uma jurisdição democrática orientada ao consenso, mediando as exigências normativas do modelo liberal, e inclusivas do modelo republicano. A partir da concepção procedimental em Habermas, assumiu-se uma combinação de ambas as perspectivas para a construção de um procedimento em condições democráticas ideais. Assim em consonância com a socialização processual, a jurisdição procedimentalista comunicativa reserva um conceito mais formal para a efetividade, no sentido de trazer um processo capaz de estabelecer um consenso por meio de métodos, originariamente instrumentais, de resolução dos conflitos, como a mediação, sem, no entanto, entender os procedimentos legais e constitucionais como algo secundário e de menor importância ou que possa ser suprimido e excessivamente deformalizado. Muito mais que isso, a jurisdição democrática procedimentalista observa e se inspira em princípios do Estado Constitucional, leis processuais legitimamente concebidas, regras e princípios da teoria do discurso e fundamenta-se na autonomia pública e privada de participação nos processos jurisdicionais.

A aplicação da mediação dentro da jurisdição é um modelo prático de como se formar um processo comunicativo sob uma visão procedimentalista, podendo orientar as

atividades processuais não de forma agressivamente acelerada, como geralmente acontece, mas de acordo com regras procedimentais a partir da teoria do agir comunicativo.

Segundo as pretensões de validade comunicativa, como a verdade na expressão, correção normativa das expectativas do devido processo legal e sinceridade no resultado, de modo a atingir os anseios de legitimação e aceitação posterior, a mediação procedimentalista opera de modo integral na jurisdição democrática. Os requisitos apresentados enfatizam a vontade e liberalidade em mediar, sendo ilícita a imposição do instituto ou qualquer coerção de partes, leis, procedimentos ou outros envolvidos com vistas à submissão. Por isso é importante a filtragem dos conflitos, a fim de que se saiba antecipadamente a sua natureza, duração e relacionamento entre os participantes e reais expectativas de acordo final. Todos podem introduzir argumentos, problematizações, expressões e hipóteses de soluções no discurso de modo fundamentado, orientando-se sempre ao consenso recíproco ou pelo melhor argumento. Desse modo é possível que se estabeleçam resultados em que ambas as partes se sintam vencedoras ou que se comprometam de modo sincero nos aspectos da questão controvertida. O mediador recordando a figura de Hermes atua na boa-fé e na facilitação do discurso, não podendo emitir juízos valorativos.

Frisa-se a importância do advogado no modelo jurisdicional procedimental, na medida em que atua como defensor do procedimento comunicativo e das garantias constitucionais legais. Exerce ainda papel importante no discurso jurídico e processual, de modo em que em alguns casos sua presença se torna imprescindível. O defensor também observará os princípios da boa-fé processual no combate a supressão ou flexibilização de garantias provocadas muitas vezes pela deformalização procedimental. Por isso, é que de certa forma, critica-se a hipótese de se demandar sem advogado em juizados especiais e na justiça do trabalho, haja vista que estes procedimentos são legalmente orientados pela informalidade e pela ação instrumental e são justamente os ritos os quais mais são utilizados os mecanismos alternativos à decisão adjudicada. Portanto, se torna ainda mais necessária a verificação das pretensões de validade comunicativa, para que não se coloque a legitimação em risco em nome da informalização, bem como da urgência. Daí o processo jurisdicional seguirá o procedimento legítimo em consonância aos direitos fundamentais e princípios da ética do discurso estabelecendo um *medium* entre a facticidade e a legitimidade por meio de uma ação racional comunicativa. Frisa-se por fim, neste aspecto a importância de uma formação acadêmico-profissional do Direito mais coerente às expectativas de um Estado

Democrático de Direito, de modo a se formar cidadãos orientados à valorização da mediação e da conciliação enquanto meios de participação democrática e difusão da solidariedade e da fraternidade e não apenas formando profissionais colonizados pelo lucro e pelo poder.

O processo jurisdicional segundo uma concepção democrática procedimentalista de jurisdição, ao contrário dos modelos instrumentais liberal e social-republicano não apresentarão uma solução pronta e um objetivo pronto a ser entregue aos participantes, mas dará oportunidades de que estes construam a decisão jurídica de modo participativo e integrador.

Pelo discurso o *medium* entre de um lado, as exigências instrumentais de aceleração e de outro, as exigências democráticas de legitimação dará uma compreensão mais apurada da decisão inaugurando um processo de conhecimento orientado à emancipação social e não apenas à interesses técnicos. Justamente por meio de um conhecimento emancipatório se consolidará o consenso nas atividades jurisdicionais.

O discurso sobre a efetividade a partir do procedimentalismo engloba aspectos muito mais amplos que a mera decisão jurídica final em um prazo razoável com vistas ao êxito. A efetividade naquele sentido é formal e sugere um procedimento legitimador, capaz de levar a solução jurídica ao entendimento recíproco a partir da racionalidade comunicativa. Nesta perspectiva poderá se dizer que o processo civil será efetivo enquanto formalmente instituir procedimentos com base na comunicação intersubjetiva de seus envolvidos. Não se concebe a partir desta ótica uma efetividade estritamente material, ou seja, com vistas à rápida obtenção de uma decisão condenatória ou executiva aquém ao procedimento e às regras legais, uma vez que tais pretensões podem ser impostas predominantemente pelos interesses de mercado e do poder técnico.

A concepção de um processo comunicativo a partir da teoria procedimentalista não implica em mecanicismo ou em tecnificação das relações jurídicas. Tais problemas foram muito comuns nos Estados Sociais burocráticos que para resolver o problema da lentidão propôs-se paradoxalmente a mistificação da aceleração, o que gerou outro problema, o do fortalecimento do poder dos juízes como únicos capazes de legitimar as decisões.

Muito pelo contrário o procedimentalismo traz uma contribuição filosófica e política no sentido de ampliar ou ultrapassar as limitadas dimensões dogmáticas, racionalistas

e tecnicamente instrumentais modernas, possibilitando ao processo jurisdicional uma visão estendida do Direito e da própria dimensão humana a partir de ações comunicativas, abordando o processo em torno de uma dimensão pluralista, policontextual e democrática.

Na dinâmica atividade de se mediar os anseios de celeridade e de legitimidade, compreende-se que as expectativas de legitimação devem ser mais fortemente pretendidas e as de celeridade menos fortemente. A agressividade da antecipação e a manipulação do tempo processual podem comprometer não somente a legitimação da decisão jurídica, como também os direitos fundamentais, as garantias constitucionais democráticas e o ideal emancipatório discursivo. Nestas perspectivas o direito deverá revelar o seu tempo.

Verificando a ação comunicativa como meio de descolonização dos processos jurisdicionais, podemos experienciar a possibilidade de um conhecimento mais emancipatório das decisões jurídicas no contexto do constitucionalismo e democracia. Assim a ideia de sociedade justa e solidária está ligada à uma promessa, segundo Ost, de emancipação, segundo Habermas, dos sujeitos e da política, do Direito e da Democracia que será perspectivada a partir do momento em que tempo das ações comunicativas orientarem o consenso jurídico sobre as questões.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. *Uma teoria do discurso prático*. In: W. Oelmüller (org.). *Normenbegründung, Normendurchsetzung (Fundamentação de Normas, Imposição de normas)*, Paderborn 1978.

ALVIM, Rafael. *Parte Geral e Princípios Constitucionais no CPC*. Disponível em <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/04/01/parte-geral-e-principios-constitucionais-no-cpc-2015/>> Acesso em 13 de maio de 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília, Distrito Federal: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil, 2012.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 18 de maio de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abr-jun. 1994.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: O fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DIDIER JR. Fredie (org.) *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. *O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. In: Revista de Novos Estudos Jurídicos, versão eletrônica. Vol. 16, n. 2, p. 150-169, mai-ago. 2011.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De La antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Os juízes não aderiram à mediação*. In: Revista Lex Humana, Petrópolis, v.6, n.2, p. 60-81, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *Il Sistema Giuridico medievale e La Civiltà Comunale*. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/03\\_Paolo\\_Grossi.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/03_Paolo_Grossi.pdf)> Acesso em 01 de maio de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. In: Revista de Processo. São Paulo, n.46, p. 60-83, abr-jun. 1987.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola. 2007.

\_\_\_\_\_. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Tradução de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: Ensaio filosófico*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad.: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LOBO, Bárbara Natália Lages; NOTARO, Camila Antunes. *Linguagem e Direito: A oposição de Ricardo Sanín Restrepo ao procedimentalismo de Jürgen Habermas*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 203-220, jan-jun/2014.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo CPC ainda deixou pendente a garantia sobre duração razoável do processo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>> Acesso em 18 de maio de 2015.

MIRANDA, Pontes de. *À margem do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. In: Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Tradução de Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: Uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NUNES, Dierle. *Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional Democrático*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.) *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reformas processuais macroestruturais brasileiras*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.) *Reforma processual civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.18.

OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de Juez*. In: Revista Academia sobre enseñanza del Derecho. Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007. Disponível em: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf)>. Acesso em 20 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001.p. 13. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf)> Acesso em: 15 de abril de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no Direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.) *Processo Civil: novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_ ; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

PINTAÚDE, Gabriel. *Eficácia sobreprincipal do devido processo jurídico procedimental (perspectiva analítico-funcional)*. In: DIDIER JR. Fredie (org.) *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM. 2010.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Edição eletrônica: Editora Ridendo Castigat Mores, 1762.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. *O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, nº 16, jul-set. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ªed. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito e racionalidade comunicativa: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARELLO, Giovanni. *Ideologias setecentistas da codificação e estruturas dos códigos*. In: Revista Meritum, v. 3, n. 2, p. 5-31, jul-dez. 2008.

\_\_\_\_\_. *Storiadella cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à Justiça Qualitativo*. Dissertação. FDSM: 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. In: Informativo Jurídico da biblioteca do Ministro Oscar Saraiva, v.6, nº 1, p. 1-70. Jan/jul. 1994.

UNIÃO EUROPÉIA. Jornal Oficial da União Europeia. Directiva 52/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>> Acesso em 19 de maio de 2005.