



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO NASCIMENTO TAVARES

CRÍTICA À DECISÃO JUDICIAL NA TRILOGIA
ESTRUTURAL DO PROCESSO: o processo como linguagem no
quebramento da autoridade jurisdicional e na concepção da
autoridade hermenêutica

UBERLÂNDIA – MG

2018

GUSTAVO NASCIMENTO TAVARES

**CRÍTICA À DECISÃO JUDICIAL NA TRILOGIA
ESTRUTURAL DO PROCESSO: o processo como linguagem no
quebramento da autoridade jurisdicional e na concepção da
autoridade hermenêutica**

**CRITICISM TO JUDICIAL DECISION IN THE
STRUCTURING TRILOGY OF THE PROCESS: the process as
language in the breaking of the jurisdictional authority and in the
conception of the hermeneutic authority**

Dissertação de mestrado apresentada como exigência parcial à obtenção do título de mestre, pelo programa de Pós-Graduação, Mestrado Acadêmico em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Walmott Borges.

Professor Orientador: Dr. Alexandre Walmott Borges

**UBERLÂNDIA - MG
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

T231c Tavares, Gustavo Nascimento, 1984-
2018 Crítica à decisão judicial na trilogia estrutural do processo [recurso eletrônico] : o processo como linguagem no quebramento da autoridade jurisdicional e na concepção da autoridade hermenêutica = Criticism to judicial decision in the structuring trilogy of the process : the process as language in the breaking of the jurisdictional autho / Gustavo Nascimento Tavares. - 2018.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.983>

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Processo judicial. 4. Direito - Linguagem. I. Borges, Alexandre Walmott (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

GUSTAVO NASCIMENTO TAVARES

**CRÍTICA À DECISÃO JUDICIAL NA TRILOGIA
ESTRUTURAL DO PROCESSO: o processo como linguagem no
quebramento da autoridade jurisdicional e na concepção da
autoridade hermenêutica**

Dissertação de mestrado apresentada como exigência parcial à obtenção do título de mestre, pelo programa de Pós-Graduação, Mestrado Acadêmico em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Walmott Borges.

Aprovado em: _____ Uberlândia – MG, _05_ de ____junho_____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

PROFESSOR AVALIADOR (convitado):

DR. JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL da Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona - ESP

PROFESSOR CO-ORIENTADOR:

DR. FERNANDO RODRIGUES MARTINS

PROFESSOR ORIENTADOR:

DR. ALEXANDRE WALMOTT BORGES

**UBERLÂNDIA – MG
2018**

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos, pelo exemplo, força, incentivo e apoio. Em especial ao meu pai, João Batista (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

O filósofo das frases brilhantes, José Ortega y Gasset, em um dos momentos mais poéticos de sua filosofia disse: *Eu sou eu e a minha circunstância e se não a salvo, não salvo a mim mesmo*. Pois bem, a concretização dessa dissertação é o desfecho de uma história de anos de pesquisa e amadurecimento acadêmico, iniciada ainda na graduação com os períodos de iniciação científica e posteriormente com o ingresso no curso de mestrado. Entretanto, apesar do aspecto solitário que permeia este tipo de obra científica, vários fatores e inúmeras pessoas são parte orgânica desse empreendimento e merecem minha gratidão por suas contribuições e por me darem o suporte para a realização deste estudo. Na impossibilidade de abranger a todos, restrinjo-me, nestes agradecimentos, às contribuições diretas ao seu resultado final.

Primeiramente, agradeço à Universidade Federal de Uberlândia - MG (UFU) por tornar possível meus projetos pessoais, a realização de duas graduações e o mestrado; por me oportunizar uma educação acadêmica tão repleta de valores; por ser responsável por minha formação enquanto pesquisador do Direito; por ser o lugar de convívio com alguns dos meus melhores amigos; por me permitir desfrutar da sabedoria de professores pelos quais tenho profunda admiração e respeito, e ainda, por me proporcionar o crescimento e o desenvolvimento de minha personalidade em um ambiente que valoriza o saber, as virtudes humanitárias e a importância da cidadania.

Das instituições às pessoas, expresso minha gratidão a dois mestres: meu orientador, Professor Dr. Alexandre Walmott Borges, a quem agradeço pelo acolhimento fraterno, pelo valioso conhecimento no direito constitucional, pelo apoio, pelas contribuições, e principalmente, por me dar liberdade criativa em minhas escolhas e, dessa forma, não me restringir apenas ao seu campo de estudo, afinal de contas, enquanto constitucionalista, aceitou o desafio de me orientar em uma pesquisa voltada para a teoria do processo, possibilitando que a construção desta dissertação fosse realizada, de acordo com minha vontade, embora sempre tenha me lembrado das consequências de cada decisão tomada. Nesse sentir, agradeço ainda ao Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins, outro mestre pelo qual também tenho gratidão, admiração e respeito, por todo o conhecimento transmitido nas aulas de graduação e do mestrado, pelo exemplo de dedicação à vida acadêmica e por fazer

despertar em mim o interesse por valores filosóficos no estudo do Direito. Se hoje, ao olhar para o Direito, tenho sempre o viés crítico, dispondo de inclinações filosófico-constitucionais, isso é graças a vocês!

Agradeço ainda o Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky o qual tive o prazer de conhecer na banca de qualificação deste estudo, tornando-me depois disso seu permanente admirador; suas valiosas contribuições enriqueceram minha pesquisa, bem como valorizaram meu olhar crítico-investigativo. Ao Professor Dr. José Carlos Remotti Carbonell, da Universidade Autônoma de Barcelona, por aceitar o convite para participar da minha banca de defesa, dispondo a contribuir para o aprimoramento do meu trabalho. À Professora Dr.^a Keila Pacheco Ferreira, enquanto Coordenadora do Programa de Pós-graduação - Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia - MG, por sua compreensão e apoio nessa caminhada, bem como todos os professores do programa e os demais professores da faculdade. Em especial, dedico minha sincera gratidão aos docentes do mestrado que contribuíram diretamente para a construção do meu trabalho, aos queridos professores: Dr.^a. Cândice Lisbôa Alves, Dr.^a. Débora Regina Pastana, Dr. Dennys Garcia Xavier, Dr. Diego Nunes e Dr.^a. Silviana Lúcia Henkes. Muito obrigado!

Aos amigos e aos colegas do curso de mestrado, com os quais tive a oportunidade de dividir aprendizado, angústias e momentos inesquecíveis durante nossa jornada. Dedico especial gratidão aos que entraram em minha vida e irão permanecer sempre em meu coração, tornando-se verdadeiros amigos: Clayton, Jhon e Marcella. Aos queridos Matheus e Malik, *o Timão e o Pumba* desse final de trajetória, pois contribuíram significativamente para concretizar minhas ideias e colocá-las na apresentação. Às queridas, Jô e Lazu, minhas amigas mais do que especiais, pela leitura minuciosa deste trabalho e pelo apoio incondicional de sempre. Aos técnicos da Universidade Federal de Uberlândia, principalmente a querida Izabel e os estimados Rafael e Ti Dani, por quem tenho gigantesca admiração, além do imenso privilégio de tê-los como amigos. Obrigado a todos vocês!

Aos meus amigos e às minhas amigas, mais do que especiais, dos quais me orgulho pela grande amizade; agradeço por me acolherem nesse período, pelo companheirismo; por me agraciar com o prazer de compor suas bancas de monografias, presenteando-me com momentos felizes, proporcionando-me alegrias, viagens e festas; por me auxiliar no equilíbrio

mestrado e trabalho, sendo meu apoio nos momentos mais difíceis; enfim, por me deixarem fazer parte de suas vidas. Só tenho a agradecê-los: Arthur Cury, Arthur Sandin, Augusto, Dalton, Dieguito, Diogo, Guilherme Scalon, Eagle, Leo, Yuri, Wind, Zé Beutel, Guido, Vini, Macô, Ronaldo, Ricardo, Katita, Lorena, Mayara, Mari, Fernandinha, Ade, Amanda, Aninha, Nath e Karen; cada um, a sua maneira, foi muito importante para este momento. Amo todos vocês!

A toda minha família, em especial, minha irmã Tassiana, meu irmão Alex e minha mãe Sonia, que, apesar de minha imensa dificuldade em lhes demonstrar o meu amor, sempre acreditaram e apostaram em mim, são a minha base e a minha referência, o que me possibilitou chegar até aqui, além de serem a minha motivação para ir ainda mais longe. Ao meu pai João Batista (*in memoriam*) que me ensinou valores, como honestidade, sinceridade e humildade, ajudou-me na descoberta das minhas virtudes, foi meu exemplo e que me motiva e me acompanha em todos os meus passos, mesmo não estando mais entre nós. Pai, você é meu grande orientador da vida, vou dar-lhe orgulho sempre!...

Obrigado!

A disposição dos homens, sejam soberanos, seja como concidadãos, a impor aos demais como regra de conduta sua opinião e seus gostos, se acha tão energicamente sustentada por alguns dos melhores e alguns dos piores sentimentos inerentes à natureza humana, que quase nunca se reprime senão quando lhe falta poder.

GASSET, José Ortega y.
A Rebelião das Massas, 1930.

RESUMO

A presente dissertação explora a ontologia da decisão judicial concebida na trilogia estruturante do processo, que melhor se adéqua ao Estado Democrático de Direito e à Era da Filosofia da Linguagem. A pesquisa ancora-se na proposta crítica de desconstruir o trinômio conceitual da teoria geral do processo, composto pela jurisdição, pela ação e pelo processo sob o referencial da decisão jurídica na contemporaneidade, apresentando a evolução e a historicidade desse instituto, conjuntamente com a necessidade de sua reclassificação, e, com isso, demonstrar a incompletude dos signos e dos significados do processo em acomodar a decisão nesse contexto. Posteriormente, o trabalho promoveu uma visão de processo como linguagem e fenômeno cultural, na melhor conformação do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), readequando este instituto, do método à linguagem, inclusive aprimorando os conceitos da fundamentação, do contraditório e do devido processo legal. Ao final, objetivou-se propor um modelo de decisão judicial que dissolva a excessiva autoridade da jurisdição de acordo como os novos signos e significados do processo. As fontes teóricas para abastecer a pesquisa repousam nas obras filosóficas e da teoria geral do direito sobre hermenêutica, na literatura processual, nacional e internacional, e em bibliografia que trata da teoria do processo e da hermenêutica filosófica, ambas próximas à interpretação e à decisão judicial no Direito. A problemática encontra-se na ausência de adequabilidade no modelo processual que acomoda a decisão no contexto da contemporaneidade, já que tal modelo permite excessos arbitrários e antidemocráticos da autoridade jurisdicional na fluidez e na realização do direito no, e pelo processo. Em relação a hipótese aventada, o estudo assume que, para uma nova postura hermenêutica e democrática da decisão jurídica diante da trilogia estrutural do processo, é necessário um novo posicionamento da decisão judicial como uma construção desenvolvida no, e pelo processo, substituindo a autoridade subjetiva pela argumentação e pela participação. Para explorar estes elementos, os referenciais teóricos foram: a hermenêutica filosófica, o garantismo e a trilogia estrutural do processo em conformidade com os novos fundamentos do processo civil contemporâneo, principalmente, sob o ponto de vista de Gadamer (1997, 2002), Heidegger (2005), Ferrajoli (2002), dentre outros. A metodologia utilizada foi a fenomenologia hermenêutica que possibilitou conceber a investigação por meio de uma postura crítica, com profundidade e abrangência, considerando as circunstâncias históricas e culturais do fenômeno investigado, e, nesse sentido, permitiu a construção de uma crítica ao *status* posto, desvelando pontuais alterações epistemológicas e teóricas que vão de encontro ao modo como o problema se revela no mundo fático. Os resultados da pesquisa apontaram elementos que devem ser incorporados à teoria geral do processo na melhor conformação da decisão judicial diante da revolução hermenêutica do direito e do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo. Decisão. Hermenêutica. Linguagem. Trilogia estrutural do processo.

ABSTRACT

This dissertation explores the ontology of the judicial decision conceived in the structural trilogy of the process, which best suits the Democratic State of Law and the Age of Philosophy of Language. The research is anchored in the critical proposal to deconstruct the conceptual trinomial of the general theory of the process, composed of the jurisdiction, the action and the process under the reference of the legal decision in contemporaneity, presenting the evolution and the historicity of this institute, together with the necessity of its reclassification, and with that, to demonstrate the incompleteness of the signs and the meanings of the process in accommodating the decision in that context. Subsequently, the work promoted a process vision as language and cultural phenomenon, in the best conformation of the process to the ontological-linguistic turn, re-adapting this institute, from method to language, including improving the concepts of reasoning, contradiction and due process of law. In the end, it was proposed to propose a model of judicial decision that dissolves the excessive authority of the jurisdiction according as the new signs and meanings of the process. Theoretical sources for research are based on philosophical works and the general theory of law on hermeneutics, in the national and international procedural literature, and on bibliography dealing with the theory of process and philosophical hermeneutics, both close to interpretation and judicial decision in the Law. The problem lies in the lack of suitability in the procedural model that accommodates the decision in the context of contemporaneity, since such a model allows arbitrary and undemocratic excesses of the jurisdictional authority in the fluidity and the realization of the right in, and by the process. In relation to the hypothesis proposed, the study assumes that for a new hermeneutic and democratic position of the juridical decision before the structural trilogy of the process, a new positioning of the judicial decision as a construction developed in and by the process, replacing the subjective authority by argument and participation. To explore these elements, the theoretical references were: philosophical hermeneutics, garantism and the structural trilogy of the process in accordance with the new foundations of contemporary civil process, mainly from the point of view of Gadamer (1997, 2002), Heidegger (2005), Ferrajoli (2002), among others. The methodology used was the hermeneutic phenomenology that made it possible to conceive the investigation by means of a critical posture, with depth and comprehensiveness, considering the historical and cultural circumstances of the investigated phenomenon, and in that sense, allowed the construction of a critic to the status put and unveiling punctual epistemological and theoretical changes that go against the way the problem is revealed in the phatic world. The results of the research pointed out elements that should be incorporated into the general theory of the process in order to better conform the judicial decision to the hermeneutic revolution of law and the development of the Democratic State of Law.

Keywords: Process. Decision. Hermeneutics. Language. Structural trilogy of the process.

RESUMÉN

La presente disertación explora la ontología de la decisión judicial concebida en la trilogía estructurante del proceso, que mejor se adecue al Estado Democrático de Derecho ya la Era de la Filosofía del Lenguaje. La investigación ancla en la propuesta crítica de deconstruir el trinomio conceptual de la teoría general del proceso, compuesto por la jurisdicción, por la acción y por el proceso bajo el referencial de la decisión jurídica en la contemporaneidad, presentando la evolución y la historicidad de ese instituto, junto con la necesidad de su reclasificación, y con ello, demostrar la incompletud de los signos y de los significados del proceso en acomodar la decisión en ese contexto. El trabajo promovió una visión de proceso como lenguaje y fenómeno cultural, en la mejor conformación del proceso a la vuelta ontológico-lingüística (lingüístico turn), adaptando este instituto, del método al lenguaje, incluso mejorando los conceptos de la fundamentación, del contradictorio y del contexto debido al proceso legal. Al final, se objetivó proponer un modelo de decisión judicial que disolver la excesiva autoridad de la jurisdicción de acuerdo como los nuevos signos y significados del proceso. Las fuentes teóricas para abastecer la investigación reposan en las obras filosóficas y la teoría general del derecho sobre hermenéutica, en la literatura procesal, nacional e internacional, y en bibliografía que trata de la teoría del proceso y de la hermenéutica filosófica, ambas cercanas a la interpretación y la decisión judicial en el Derecho. La problemática se encuentra en la ausencia de adecuación en el modelo procesal que acomoda la decisión en el contexto de la contemporaneidad, ya que tal modelo permite excesos arbitrarios y antidemocráticos de la autoridad jurisdiccional en la fluidez y en la realización del derecho no, y por el proceso. En cuanto a la hipótesis aventada, el estudio asume que, para una nueva postura hermenéutica y democrática de la decisión jurídica ante la trilogía estructural del proceso, es necesario un nuevo posicionamiento de la decisión judicial como una construcción desarrollada en el proceso y sustituyendo la autoridad subjetiva por la argumentación y la participación. Para explorar estos elementos, las referencias teóricas fueron: la hermenéutica filosófica, el garantismo y la trilogía estructural del proceso de acuerdo con los nuevos fundamentos del proceso civil contemporáneo, principalmente, desde el punto de vista de Gadamer (1997, 2002), Heidegger (2005), Ferrajoli (2002), entre otros. La metodología utilizada fue la fenomenología hermenéutica que posibilitó concebir la investigación por medio de una postura crítica, con profundidad y amplitud, considerando las circunstancias históricas y culturales del fenómeno investigado, y en ese sentido, permitió la construcción de una crítica al status puesto y desvelando puntuales las alteraciones epistemológicas y teóricas que van en contra el modo como el problema se revela en el mundo fáctico. Los resultados de la investigación apuntaron elementos que deben ser incorporados a la teoría general del proceso en la mejor conformación de la decisión judicial ante la revolución hermenéutica del derecho y del desarrollo del Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: Proceso. Decisión. La hermenéutica. Idioma. Trilogía estructural del proceso.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CRFB/1988	Constituição da República Federal do Brasil de 1988
CF/88	Constituição da República Federal do Brasil de 1988
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPP/1941	Código de Processo Penal de 1941
P. D. D.	Pontos Decisórios Depurativos
P. D. E.	Pontos Decisórios Expansivos
T. E. P.	Trilogia Estrutural do Processo
T. G. P.	Teoria Geral do Processo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
1.1	Apresentação do problema, recorte temático e hipóteses	18
1.2	Objetivos gerais e específicos, marco teórico e fontes referenciais de pesquisa	20
1.3	Estado da discussão e possíveis contribuições	23
1.4	Metodologia, plano de investigação, relevância do tema e justificativa	27
PARTE I		
(DES)CONSTRUÇÃO DA TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO: a incompletude dos conceitos de processo, de jurisdição e de ação em acomodar a decisão judicial no Estado Democrático de Direito		
		31
2	A GENEALOGIA E A HISTORICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL DIANTE DA ASCENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL: diferentes fases, do sincronismo ao anacronismo	32
2.1	As fases metodológicas do processo e a decisão judicial	34
2.1.1	<i>Tipologia dos modelos processuais (inquisitivo, dispositivo, cooperativo, garantista e constitucional) na configuração da decisão jurídica e da trilogia estrutural do processo</i>	36
2.1.2	<i>Os reflexos do formalismo-valorativo e do garantismo constitucional na trilogia estrutural do processo e na decisão judicial</i>	41
2.2	Formação estrutural da sentença no modelo constitucional do processo: da autoridade à argumentação	43
2.2.1	<i>Teoria dos atos processuais e a decisão judicial</i>	48
2.2.2	<i>Topografia dos efeitos, dos elementos e do conteúdo da decisão judicial</i>	52
3	A NECESSÁRIA (RE)CLASSIFICAÇÃO DA DECISÃO NA TRILOGIA ESTRUTURANTE DO DIREITO PROCESSUAL: por uma nova feição das decisões judiciais como construção argumentativa	57
3.1	Teorias do processo vistas pelo referencial da decisão jurídica	60
3.1.1	<i>Teorias da ação e a decisão judicial</i>	64
3.1.2	<i>Teorias da Jurisdição e a decisão judicial</i>	68
3.2	3.2 Diálogos entre factibilidade processual, participação e direito jurisprudencial: o ponto de contato entre a verdade provável no processo, a argumentação e a coerência/integridade do direito na decisão judicial ...	73
3.2.1	<i>Teoria geral da prova e a decisão judicial</i>	76
3.2.2	<i>Os precedentes judiciais como "plot" de coerência e integridade da decisão judicial</i>	80

PARTE II

PROCESSO COMO LINGUAGEM E FENÔMENO CULTURAL: como a teoria geral do processo pode(deve) dialogar com a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) e a hermenêutica filosófica na convergência entre a fundamentação e o contraditório no devido processo legal

87

4	O PROCESSO COMO LINGUAGEM E SUAS DIMENSÕES: NORMATIVA, EPISTEMOLÓGICA, CULTURAL E HERMENÊUTICA ..	88
4.1	A ruptura da dimensão autoritária para o surgimento das novas dimensões do processo	93
4.1.1	<i>A dimensão normativa e epistemológica do processo</i>	<i>99</i>
4.1.2	<i>A dimensão cultural e hermenêutica do processo</i>	<i>103</i>
4.2	Do processo como método ao processo como linguagem na Era do Pós-positivismo hermenêutico	107
4.2.1	<i>Alguns aspectos do papel da hermenêutica filosófica no processo como linguagem: investigação, argumentação, participação, imersão nos fatos e tradição</i>	<i>110</i>
4.2.2	<i>Quebramento do esquema sujeito-objeto para o paradigma da linguagem no direito processual</i>	<i>114</i>
5	A CONVERGÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: da autoridade jurisdicional à autoridade hermenêutica do processo	117
5.1	O contraditório e a fundamentação projetados sob espiral hermenêutica (Hermeneutische Zirkel) no, e pelo processo	120
5.1.1	<i>A imersão da jurisdição no processo pelo exercício do contraditório</i>	<i>125</i>
5.1.2	<i>Acoplagem da fundamentação ao contraditório no devido processo legal para a construção de um processo democrático e hermenêutico</i>	<i>131</i>
5.2	O juiz como ser-no-processo	134
5.2.1	<i>O dever de imparcialidade do juiz ser-no-processo</i>	<i>137</i>
5.2.2	<i>No processo, a autoridade da jurisdição deve ser relativa: o abandono do juiz soberano e dono do processo para o juiz partícipe e diretor da produção processual</i>	<i>142</i>

PARTE III

PROPOSTAS CRÍTICAS PARA A DECISÃO JUDICIAL NA TRILOGIA ESTRUTURANTE DO PROCESSO: reestruturação formal e substancial da decisão jurídica e a (r)evolução dos meios e dos fins do processo

146

6	OS SIGNIFICADOS E OS SIGNOS DO PROCESSO PÓS-VIRADA	
----------	---	--

ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA (<i>LINGUISTIC TURN</i>)	147
6.1 Revolução copernicana na trilogia estruturante do processo: a passagem do modelo racionalista para o paradigma da linguagem	151
6.1.1 <i>Os novos conceitos fundamentais do processo e o reposicionamento dos sujeitos processuais nessa dinâmica</i>	153
6.1.2 <i>(Re)arranjo estrutural do processo como linguagem</i>	155
6.2 A expansão da decisão no processo como linguagem: a valorização da busca pela decisão com proximidade e igualdade entre as partes	158
6.2.1 <i>A estrutura recursal no contexto do processo como linguagem</i>	161
6.2.2 <i>O processo de execução e seu encaixe na teoria proposta</i>	165
7 A DECISÃO JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COMO LINGUAGEM E FENÔMENO CULTURAL	167
7.1 A decisão judicial como montagem intersubjetiva e as estruturas da hermenêutica filosófica do jogo, do diálogo e do círculo	170
7.1.1 <i>Estrutura da sentença judicial em três atos (apresentação, confrontação e resolução): o conceito de pontos decisórios expansivos e depurativos</i>	174
7.1.2 <i>Decisão judicial como storytelling</i>	178
7.2 Propostas críticas para a decisão jurídica: a nova concepção da decisão judicial na trilogia estrutural do processo	179
7.2.1 <i>Nova feição da trilogia estrutural do processo: o processo como um conjunto universal que contém as partes: a ação, a decisão e a jurisdição</i> ..	181
7.2.2 <i>(Re)Classificação da estrutura processual em quadrilogia: a ação, o processo, a decisão e a jurisdição</i>	183
8 CONCLUSÕES	186
8.1 Conclusão concernente à parte metodológica	187
8.2 Conclusão concernente à parte teórica e à discussão proposta	188
REFERÊNCIAS	190

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa jurídica dedica-se muito ao estudo da decisão judicial sob o prisma da consciência do aplicador e da idealização do processo como formalidade para se alcançar o provimento da autoridade jurisdicional. Por esse motivo, as propostas teóricas sobre decisão são concebidas como ferramentas à disposição do intérprete e possibilidades de criação do Direito conforme sua adaptação à realidade. Entretanto, é curioso perceber que as estruturas, as quais acomodam este instituto jurídico como a jurisdição, a ação e o processo, são pouco tangenciadas por quaisquer teorias da decisão e da interpretação. Assim, parece preferível isolar esse estudo sem se ocupar de uma reformulação de tais estruturas, todavia, resta claro que a decisão, conjuntamente com sua interpretação, seu estudo e sua aplicação no Direito, reclamam esforços de todos os envolvidos e de todas as instituições para aprimorá-la de acordo com a nova configuração da sociedade, que necessita dos sistemas jurídicos como parte de um conjunto maior, o Estado Democrático de Direito.

Nessa lógica, a aproximação do Direito às teorias democráticas e à hermenêutica filosófica, perpassa necessariamente por uma (re)configuração estrutural das formas de constrangimentos de poder, transformando-as em protagonistas, em particular o processo o qual, enquanto instituição que reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das demais instituições jurídicas, bem como fomentador do jogo democrático, necessita se aproximar à linguagem, a fim de rearranjar a decisão judicial nesse contexto para além dos pronunciamentos, dos atos e dos poderes da autoridade do juiz/Estado e da jurisdição, modificando-a, de uma manifestação subjetiva autoritária, para uma construção heterorreflexiva, argumentativa e compartilhada, com participação objetiva dos demais sujeitos.

A pesquisa adéqua-se à área de concentração dos direitos e garantias fundamentais, porque propõe pensar o processo como linguagem e sítio epistemológico de emancipação dos sujeitos processuais, em um cenário de equilíbrio entre suas forças argumentativas que se mantêm permanentemente vinculadas à criação e à interpretação do produto resultante da colisão entre o Direito e a realidade social, produto este, instrumentalizado pela decisão jurídica. Nesse sentido, pensar de forma crítica a dimensão decisória/interpretativa do direito sob o esboço processual está intimamente ligado ao fluxo e à realização dos direitos e garantias fundamentais.

Por consequência, a proposta converge para a linha de pesquisa "Tutelas Jurídicas e Políticas Públicas", pois, o viés investigativo tem o cariz de projetar a aplicação do direito em consonância com paradigmas filosóficos que tiveram ressonância no Brasil, com momentos históricos na formação da identidade jurídica nacional e com paradigmas culturais que transformaram o modo de aplicação do Direito. Pois bem, nos paradigmas filosóficos, destacam-se: (i) a virada ontológica-linguística (a filosofia da linguagem e a hermenêutica como cânones da teoria do direito); (ii) a virada kantiana (emancipação dos sujeitos e a dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais); e (iii) a eticidade reflexiva (igualdade substancial como condição para a justiça). Já em relação aos momentos históricos, têm-se: (i) a redemocratização do país e a Constituição de 1988; (ii) a constitucionalização de diversos ramos do direito, inclusive o processo por meio do Código de Processo Civil de 2015; e (iii) a normatividade dos princípios, que foi responsável por alavancar e consolidar a importância da interpretação jurídica. E, por último, nos paradigmas culturais, evidenciam-se: (i) ampliação da capacidade criativa dos aplicadores do direito, contrabalanceada por um alargamento discricionário na interpretação judicial; (ii) distopia na coerência, na integridade e na uniformidade da jurisprudência; e (iii) desequilíbrio do autoritarismo e da soberania dos juízes em relação aos demais princípios processuais.

Logo, diante da importância de tais variáveis na organização da sociedade em um sistema hipercomplexo de direitos, em que o modelo decisório de aplicação/interpretação jurídica precisa ser constantemente revisto e readaptado de acordo com realidade, é essencial aprimorar o "modo de ser" da tutela jurídica. Nesse contexto, desenhar elementos jusfilosóficos de uma crítica ao modelo de decisão e de aplicação do direito tem a ambição de equalizar os diálogos entre a Constituição e o Processo para tornar tais institutos jurídicos consentâneos ao Estado Democrático de Direito e ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), e, com isso, dar a tutela jurídica, além da feição realizadora do direito, uma feição emancipadora dos sujeitos processuais e uma atuação estatal menos autoritária e mais comprometida em proteger, mediar e estabilizar as relações sociais; para assim, exercer um papel coparticipativo, embora mantenha preservado sua neutralidade. Portanto, aprimorar a concepção da decisão judicial no, e pelo processo permite desenvolver novos modelos de tutelas jurídicas e garantir sua adaptabilidade à melhor concretização dos direitos fundamentais.

1.1 Apresentação do problema, recorte temático e hipóteses

O desafio posto compreende adequar a teoria geral do processo ao pós-positivismo hermenêutico em sua conformação à decisão judicial, pensando este conceito sobre as matrizes do Estado Democrático de Direito e do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*). Nesse sentido, toda evolução do fenômeno jurídico caminhou para reconhecimento do Direito pela interpretação, e conseqüentemente, o abandono do arquétipo positivista significou uma revolução dos seus modos de aplicação. Portanto, apesar de as teorias da decisão terem em voga a racionalização, a coerência e a eficiência de todo o sistema jurisdicional, estas também precisam ser capazes de justificar e controlar a atividade criativa da jurisdição, pois, com a transformação do positivismo normativista para o positivismo hermenêutico, o Direito deixou a mostra uma fissura em sua estrutura epistemológica no que se refere ao controle da discricionariedade judicial.

É evidente e inegável que a decisão jurídica se tornou um dos grandes problemas do direito contemporâneo, entretanto, mesmo que existam teorias da decisão pautadas em correntes filosóficas pós virada linguística, com forte viés hermenêutico, tais teorias ficam concentradas apenas na perspectiva do intérprete (jurisdição) e em sua autoridade, não considerando a linguagem e a argumentação. Por meio de um breve olhar investigativo, nota-se facilmente que a estrutura do direito processual, enquanto corpo orgânico que interpreta o direito, não acompanha as premissas fixadas nas teorias da decisão, ou, mesmo que tente se adequar a tais teorias, a controlabilidade dos modos de aplicação permanece única e exclusivamente na ótica do aplicador juiz, projetando o processo como um método que resolve o fenômeno jurídico por meio de uma equação dedutiva.

Assim, o processo jurisdicional em seu arranjo epistemológico deve se adequar ao novo paradigma que promove a interpretação à qualidade de elemento essencial e indissociável do Direito. Contudo, a opção não é observar o fenômeno a partir dos sistemas normativos, isto é, propor alargamentos especulativos na interpretação das normas existentes, ou mesmo, alterações em seu texto, o objetivo é redefinir os conceitos teóricos que acomodam a decisão judicial, para assim patrocinar uma prática que permita conceber uma nova ideologia processual, partindo do discurso científico e do tratamento dado a trilogia estrutural do processo na contemporaneidade. A proposta da pesquisa, nesse sentido, consiste em construir uma crítica ao modelo processual de aplicação do direito, e, com isso, o problema que se mostra como objeto de questionamento do estudo é o seguinte: qual o formato da

decisão jurídica na trilogia estruturante do direito processual que melhor se adéqua ao processo enquanto linguagem no giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) e fenômeno de dimensão cultural no Estado Democrático de Direito?

A geometria do recorte temático é composta de linhas que contornam a possível correspondência entre a hermenêutica filosófica e os fundamentos do processo contemporâneo, concebendo-o como fenômeno cultural e linguístico, e nesse entendimento, orientar o foco para a decisão judicial no contexto da trilogia estrutural do processo. A delimitação, portanto, consiste em pensar criticamente a ordenação dos elementos cardinais da teoria geral do processo sob a matriz da hermenêutica filosófica, para, então, incluir a decisão judicial em tal cenário.

A hipótese do estudo pode ser materializada por meio da seguinte premissa: “para a decisão judicial se adequar à realidade jurídica no Estado Democrático de Direito e ao processo concebido como linguagem e fenômeno essencialmente cultural, ainda que levando em conta sua dimensão normativa e epistemológica, é necessário mudar a forma como esta é idealizada pela teoria geral do processo, inclusive alterando os conceitos de jurisdição, ação e processo. A hipótese, portanto, repousa na substituição da autoridade dos intérpretes juízes pela participação argumentativa e imersão da jurisdição no processo, e, com isso, promover a emancipação dos sujeitos processuais na construção da interpretação jurídica e na criação da decisão judicial como produto do processo, e não como uma manifestação da jurisdição.”

1.2 Objetivos gerais e específicos, marco teórico e fontes referenciais de pesquisa

Este estudo apresenta como objetivo geral e principal construir uma crítica ao formato e à substância da decisão judicial no, e pelo processo. De fato, muitas construções teóricas sobre a decisão jurídica tomam esse objeto de modo isolado e pautam suas proposições como um cardápio para os intérpretes, que, de maneira exclusiva, detêm o poder da interpretação simplesmente por meio da autoridade. Da mesma forma, a tecnologia processual em torno da decisão, concebida para outro tipo de realidade, encontra-se ultrapassada, pois, os modelos jurídicos liberais ainda não se adaptaram à atual configuração do Estado, isto é, o formato de aplicação do direito na esfera processual ainda reside em paradigmas da filosofia da consciência e ambiciona resolver o fenômeno jurídico única e exclusivamente por meio do método e de um ato de vontade do julgador.

Porém, esse estudo caminha em outra orientação, e, para isso, pretende olhar a decisão judicial a partir da sua imersão nos demais institutos que a cercam, como a jurisdição, a ação e o processo, esse último, o principal, requer ser (re)estruturado como linguagem em substituição ao pensamento jurídico que o concebe como método/instrumento. O objetivo, portanto, é reestruturar a decisão jurídica no contexto processual, reformulando os conceitos da trilogia estrutural do processo para acomodá-la, e, em consequência, tornar esse instituto jurídico mais próximo às teorias hermenêuticas e democráticas que revolucionaram e revolucionam o direito e a sociedade atual.

Quanto aos objetivos específicos, o trabalho pretende, em um primeiro momento (des)construir a trilogia estruturante do direito processual e, de forma reflexa, enxergar as fissuras dessa evolução metodológica, a fim de demonstrar a exigência de adaptabilidade dos institutos da teoria geral do processo à decisão, e tal como, conceber a decisão diante da nova feição interpretativa do direito, em especial, no que se relaciona às provas, à participação dos sujeitos envolvidos e à jurisprudência. Para tanto, faz-se necessário preparar o terreno e revisitar a conjuntura histórico-metodológica do processo, bem como verificar como este se adapta, ou não, à decisão judicial. Por conseguinte, para traçar a evolução dos fundamentos do processo civil contemporâneo exige-se que se façam conexões dos seus principais institutos com a nova realidade jurídica, realidade esta, que forja o direito como algo essencialmente interpretativo, artificial e dinâmico. Assim, ao final dessa primeira parte, objetiva-se verificar a passagem do processo como instrumento da jurisdição para o processo como protagonista no Estado Democrático de Direito, e por consequência abandonar a decisão como mero pronunciamento da jurisdição para torná-la um produto do devido processo legal, que conclui ou que permite se chegar à conclusão do processo, extraída de uma discussão espiral heterorreflexiva.

Em um segundo momento, após a apresentação de um novo olhar da trilogia estrutural do processo sob um viés crítico, a investigação volta-se para a ideologia processual, isto é, a crítica orienta-se para a perspectiva desse ramo do direito, observado como linguagem e fenômeno cultural que integra o direito à realidade. Nesse sentido, adota-se como caminho o estudo do “modo de ser” da tutela jurídica de acordo com a realidade das teorias interpretativas, hermenêuticas e democráticas do direito, em especial, a consentânea utilização dos princípios processuais do devido processo legal, do contraditório e da fundamentação.

Assim, a investigação pretende direcionar o olhar para questões que visam neutralizar o decisionismo autoritário, camuflado em forma de discricionariedade, e

demonstrar como a teoria processual em correspondência com a hermenêutica filosófica pode lidar melhor com problemas relativos à decisão jurídica, quais sejam: a parcialidade do juiz, a distribuição de poderes decisórios no processo e a ausência de diálogos intra partes no bojo da argumentação processual. Nesse contexto, compreender o processo como linguagem, que propõe uma imersão dos sujeitos e do objeto à discussão, dissolve abusos autoritários e possibilita a criação de uma congruência entre a fundamentação e o contraditório no devido processo legal como forma de emancipação dos sujeitos processuais e equilíbrio da autoridade jurisdicional frente à autoridade hermenêutica do processo.

Ao final, por meio desta investigação, objetiva-se reestruturar o “modo de ser” da decisão no, e pelo processo, transformando esse instituto em algo mais adequado ao Estado Democrático de Direito e ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) diante da realidade jurídica a qual o direito é concebido enquanto uma prática social interpretativa. Desse modo, observar o processo como linguagem exige dar à decisão judicial um novo tratamento, aproximando-a de uma estrutura narrativa e argumentativa, e, por consequência, abandonando o modelo de estrutura dedutiva, que, em nada tem correspondência com a hermenêutica filosófica e com os caminhos que a democracia e a realidade contemporânea projetam para a forma e o “modo de ser” do Estado.

Em relação à escolha do marco teórico, a opção se dá em harmonia com o contexto da proposta de estudo, pois, diante do objeto pesquisado, torna-se nítido que o fio condutor que guia a investigação estabelece uma comunicação entre os diversos temas que passam a orbitar a discussão, tais como: a teoria geral do processo, a interpretação jurídica, o processo como linguagem, a decisão judicial heterorreflexiva e outros pontos. Logo, o marco teórico será a hermenêutica filosófica, com raízes epistemológicas em Gadamer e Heidegger, e sua interpenetração no direito, principalmente, no processo de interpretação/aplicação; dentro dessa vertente, endossam a lista, Josef Esser, em sua premissa de aplicação do direito em conformidade com a hermenêutica filosófica.

Essa asserção teórica que equilibra o trabalho consiste na desconstrução da ideia de descoberta de verdades existentes por métodos de interpretação e na mudança do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, na Filosofia e conseqüentemente no Direito. A aderência da pesquisa a essa asserção é importante, pois, por meio dela, o estudo pretende construir uma crítica ao modelo de tutela jurídica que impede a fluidez da interpretação na, e pela linguagem não permitindo a visão da interpretação como condição de possibilidades da compreensão, uma vez que o modelo existente exclui possibilidades de influência dos atores

sociais no seio processual para figurar apenas a autoridade e a subjetividade, desconsiderando o giro ontológico hermenêutico no desvelamento da interpretação.

Embora o marco teórico escolhido, considerado suficiente para o percurso, respalde todas as reflexões propostas, torna-se razoável acrescentar um outro prisma, mas consentâneo ao direito processual e à proposta de decisão jurídica vislumbrada hipoteticamente. Nesse sentido, a afirmação teórica do modelo processual garantista, ecoada por vários processualistas, também figura entre o corpo de sustentação teórica do trabalho. Desse modo, o modelo de processo constitucional sobreposto ao modelo garantista esculpido por Luigi Ferrajoli articula-se juntamente à hermenêutica filosófica na estruturação do problema e no caminho da investigação.

O garantismo, nos moldes como foi organizado no pensamento de Luigi Ferrajoli, é algo muito maior que um conjunto de princípios específicos para o direito penal, ao contrário, sua dimensão extrapola inclusive o próprio Direito, irradiando efeitos em teorias democráticas e políticas. Porém, neste estudo, o garantismo ingressa como a característica das constituições democráticas, fruto do constitucionalismo e arcabouço de princípios que visam efetivar as liberdades e garantias do cidadão frente ao Estado ou a qualquer forma de poder. Portanto, o garantismo, enquanto modelo normativo; proposta teórica do direito ou filosofia política, relaciona-se com qualquer tentativa de fortalecer o modo de ser do processo e sua responsabilidade sobre a decisão jurídica.

Consequentemente, o referencial teórico construído a partir desses dois pilares fixados acima, torna-se depurativo e dialógico com os demais escritos sobre o tema. Para isso, a observação exige um olhar acurado à universalidade da literatura existente em periódicos, revistas, artigos científicos, textos normativos, jurisprudência, estudos comparados e livros sobre o assunto. Destarte, a indexação do referencial bibliográfico ao estudo respeita os critérios de escolhas de textos nacionais e internacionais, específicos e gerais, clássicos e novos, todos em conexão com o problema de pesquisa.

1.3 Estado da discussão e possíveis contribuições

A discussão do tema foca seu olhar para a atual influência que as teorias hermenêuticas exercem sobre a decisão judicial, e, por outro lado, envolve estudos a respeito do processo e de sua nova relação com o direito material, relação esta, que deixou de ser uma

relação meio/fim para se tornar algo mais orgânico, substancial e integrativo, no entanto, a problemática pretende mesclar aspectos dessas duas correntes teóricas, orientadas para o excesso discricionário e a desproporcional autoridade jurisdicional em tempos nos quais a democracia cada vez mais se renova e influencia o direito. Nesse entendimento, a revisão bibliográfica guia-se por caminhos convergentes das teorias hermenêuticas e das teorias processuais para edificar um campo de possibilidades dentro da trilogia estruturante do processo em que a decisão judicial possa ser reexaminada sobre as seguintes premissas: (i) necessidade de revisão da teoria do processo em relação à autoridade jurisdicional e à decisão jurídica; (ii) construção ideológica do processo como linguagem e fenômeno cultural no aprimoramento da interpretação no direito e nas possibilidades de imersão da jurisdição ao processo para a montagem da decisão judicial; e (iii) visualização de um novo desenho estrutural das sentenças judiciais a partir da mudança dos conceitos de ação, jurisdição e processo.

Portanto, o estado da arte, para o prosseguimento da discussão teórica, necessita aludir aos fundamentos do direito processual contemporâneo e a toda trama de inter-relações que este tema envolve, e, da mesma forma, articular as teorias hermenêuticas que têm propostas de quebrar a parede sujeito/objeto e criar as possibilidades de compreensão na, e pela linguagem.

Em relação ao processo, a abordagem da pesquisa encontra eco na evolução desse ramo jurídico que foi significativamente influenciado pela classificação do direito processual em modelos inquisitivos, dispositivos e cooperativos. Entretanto, tais modelos não são precisamente heterogêneos e, em todos eles, a autoridade no momento da decisão é pouco questionada e/ou observada, isto significa que as formas de constrangimentos de poder no, e pelo processo não alcançam a autoridade decisória, uma vez que tais formas apenas criam um simulacro de participação e argumentação que pouco, ou nada, influenciam no provimento jurisdicional, ou seja, o resultado do processo nem sempre coincide com o teor da decisão.

Pois bem, ainda que diretrizes epistemológicas, como a constitucionalização do processo e o garantismo processual, irradiem influências em todos os modelos processuais (independentemente da classificação adotada), em relação à decisão, a literatura fica adstrita à autoridade do intérprete e não admite a possibilidade de separação entre atos decisórios do juiz e a decisão judicial em si, concebendo-os como algo único e inseparável, ou seja, prefere ignorar a parcialidade do magistrado, confundindo “dever de imparcialidade” com uma

ilusória imparcialidade objetiva e subjetiva que inexiste na prática, e, dessa forma, não trata do assunto, e, mantém a ideia de uma autoridade absoluta da jurisdição.

Nessa temática dos modelos processuais que procuram se adequar ao garantismo e ao processo constitucional, Daniel Mitidiero é um dos precursores no Brasil com sua tese de colaboração processual. E, no mesmo caminho, Hermes Zaneti Júnior em sua abordagem da constitucionalização do processo que incorpora o modelo cooperativo, bem como Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que, em seu marco teórico do formalismo valorativo, também visam posicionar o processo, enquanto estrutura cultural e linguística, no epicentro da teoria geral do processo, além é claro, do expoente máximo do garantismo processual, Luigi Ferrajoli, que impulsiona todas as teorias processuais garantistas, embora, para todos esses autores, o debate não atinja a autoridade do intérprete no âmago processual.

No mesmo sentido, em elementos como as provas e a jurisprudência, e, em como estes se refletem no arranjo da decisão, a construção do debate científico pouco se reclinou para a desmitificação de institutos falidos como o livre convencimento e a liberdade decisória do juiz (discricionariedade). Todavia, no campo das provas e da relação do processo com a verdade, existem autores, como Michele Taruffo em seu estudo sobre direito e ciência, e, a teoria geral das provas, que enfrentam o assunto de modo crível. No mesmo entendimento, no direito processual penal, Salah Hassan Khaled Júnior, em seu trabalho sobre o modo e o lugar da verdade na teoria do processo penal, também avança em profundidade e abrangência na relação do processo com a verdade, e, de modo correlato, na amarração do direito probatório ao meio ambiente processual.

Já em relação ao peso da jurisprudência na decisão, o próprio Código de Processo Civil de 2015 deu um significativo passo, e, conseqüentemente, uma vasta gama de processualistas brasileiros, como Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Dierle Nunes e Lênio Luiz Streck (constitucionalista e hermenêuta), dentre outros, debruçam-se sobre a questão dos precedentes judiciais, a uniformidade da jurisprudência e o direito fundamental à resposta correta. Assim, mesmo havendo uma diferenciação entre escola hermenêutica dos precedentes e escola normativa dos precedentes, o estudo dos reflexos da jurisprudência na decisão é um terreno fértil e constitui um guia para o trabalho.

Entretanto, a literatura da esfera processual a que este estudo mais se aproxima por afinidade é a obra de Lúcio de Grassi Gouveia que trata a respeito do dever da fundamentação adequada, do processo dialético, da prestação jurisdicional democrática, da interpretação

criativa na realização do direito, do contraditório substancial e do devido processo legal como convergência da fundamentação e do contraditório, ou seja, nesse autor, a autoridade jurisdicional é colocada em xeque com mais ênfase.

Outro autor de relevância significativa para este estudo é Igor Raatz dos Santos cuja produção amplia premissas da hermenêutica filosófica, debruçando-se sobre o processo civil contemporâneo, propondo a reconstrução do processo a partir de uma matriz hermenêutica e apresentando diálogos com as teorias do Direito, do Estado e da Constituição. Do mesmo modo, outra premissa que auxilia na arquitetura da pesquisa é a imensa contribuição que autores clássicos, como Chiovenda e Calamandrei; Liebman; Carnelutti; Fazzalari; Goldschmidt; Hellwig; Bulow; Barbosa Moreira; Dinamarco, Ramiro Podetti e Calmon de Passos, trouxeram ao direito processual civil sobre o estudo da trilogia estrutural do processo, assim como o modo por meio do qual estes autores transformaram o processo e seus institutos ao longo dos anos. Portanto, a revisão literária na esfera processual permite iluminar o caminho a ser trilhado e empreender um estudo abrangente e aprofundado desde a compreensão do problema até a interpretação dos resultados.

Já em relação ao prisma hermenêutico da abordagem o grande vetor é a contribuição da hermenêutica filosófica e seus expoentes: Hans Georg Gadamer; Martin Heidegger; Ernildo Stein; Lênio Luiz Streck; Josef Esser, e também autores que a incorporaram em outros aspectos do Direito, como Karl Larenz, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Martin Kriele, Konrad Hesse, Peter Häberle e vários outros. Nessa seara de trabalho, as premissas são: (i) o processo como linguagem e fenômeno cultural, o que por si só, garante uma revolução na estrutura na interpretação das normas em choque com a realidade no, e pelo processo; (ii) a correspondência entre a hermenêutica filosófica e o processo no desempenho de uma reformulação no papel da jurisdição, e, como isso, a possibilidade de um novo desenho dos significados e dos signos processuais na busca por uma decisão mais justa e compatível com o Estado Democrático de Direito e com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*).

Nesse sentido, o ponto de partida é a guinada interpretativa das ciências sociais, ou a viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*), e a incorporação da hermenêutica filosófica ao Direito em vários aspectos, pois, a partir dessa conjuntura a interpretação começou a pautar a agenda temática da teoria jurídica, e, por conseguinte, a postura hermenêutica filosófica refletida ao modelo constitucional de processo permite criar melhores relações entre as formas de organização (processo) e o pensamento interpretativo (hermenêutica). Ocorre, porém, que

a perspectiva proposta por Gadamer evidencia os enfoques históricos que se integram à interpretação e pressupõe um indissociável vínculo entre hermenêutica e linguagem, e, com isso, o significado da norma é completado (ou mesmo dado) em razão da interpretação, para possibilitar uma decisão justa em face das circunstâncias fáticas.

Ora, o efeito disso é o reconhecimento da atividade criativa da jurisdição e a construção de critérios que orbitam a interpretação na, e pela linguagem, no entanto, a autoridade do intérprete/julgador necessita ser adequada a esse contexto. Portanto, a abordagem hermenêutica dá ao trabalho um panorama que permite questionar o modo de aplicação do direito, tendo em vista a significativa mudança no modo de interpretar e a concepção do direito como ordem e hermenêutica, ou seja, uma estrutura formal e uma interpretação que a questione.

Em consequência, a contribuição da pesquisa não é orientada especificamente para a construção/alteração de textos normativos, bem como não pretende inovar os modos de aplicar e interpretar as normas a partir do direito posto. A intencionalidade da proposta é, por meio de uma crítica, enxergar fissuras na estrutura orgânica do processo e conceber uma visão teórica que possa influenciar a ideologia processual e, assim, alterar a prática, a partir do discurso, e não, impor modelos práticos em que o discurso precisa se adequar. Dessa forma, a contribuição é fomentar o debate teórico e enriquecer o estudo crítico sobre o assunto.

Todavia, o ponto de chegada, ou a hipótese, não se desvencilha das possibilidades do Estado Democrático de Direito e da Constituição, pelo contrário, aproxima-se delas, por isso, a construção ideológica permite alinhar o processo à hermenêutica filosófica. Portanto, a contribuição, além de alimentar o debate científico, propõe construir uma nova ideologia e uma identidade cultural no direito processual que enxerga os conceitos de decisão, ação, jurisdição e processo em consentânea à filosofia da linguagem e à revolução hermenêutica do direito.

1.4 Metodologia, plano de investigação, relevância do tema e justificativa

Diante da dimensão interpretativa que o tema exige, o método investigativo escolhido é o hermenêutico-fenomenológico, ou a fenomenologia hermenêutica, pois, sob a perspectiva do pensamento filosófico de Martin Heidegger, cujas bases confrontam a fenomenologia reflexiva em Edmund Husserl e assimilam a filosofia da linguagem edificada

em Ludwig Wittgenstein, a interpretação guia-se pelo prisma do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), da radical imersão à facticidade da existência humana e da observação do problema de pesquisa enquanto fenômeno que se apresenta no desenho do ser-no-mundo (*Dasein*). Portanto, a escolha metodológica reflete a intencionalidade das ambições investigativas em dar sentidos às coisas mesmas sem incorrer no maniqueísmo das determinações prévias. Nesse sentido, a fenomenologia hermenêutica se afilia à pesquisa como uma postura que questiona de forma crítica e toma o desvelamento das possibilidades como uma experiência contínua em que se encontra o intérprete em sua caminhada hermenêutica.

O Direito enquanto prática social argumentativa não pode ser concebido fora da linguagem e não deve permanecer confinado a métodos científicos criados para problemas das ciências da natureza e das ciências exatas. Assim, as experiências sociais e as ciências humanas, por seu teor hermenêutico, carecem de uma abordagem mais refinada e adequada à realidade. Consequentemente, a investigação intermediada pelo método fenomenológico surge como alternativa, uma vez que provoca uma verdadeira imersão dos sujeitos e do objeto na linguagem, permitindo enxergar desdobramentos onde a teoria clássica das ciências não é capaz. Nesse contexto, Heidegger propõe a hermenêutica como alternativa para se alcançar o mundo da vida, embora esse mesmo filósofo ressalte a necessidade de considerar a pré-compreensão e a historicidade para projetar os sentidos e atingir a interpretação.

A proposta metodológica do trabalho consiste, portanto, em promover uma discussão ontológica sobre o próprio conhecimento da realidade, considerando a linguagem enquanto condição de possibilidades entre o sujeito e o objeto, e, dessa forma, o acesso à compreensão passa a ser realizado diante da mediação dos sentidos do ente no mundo, e a projeção do seu ser. As duas principais premissas em Heidegger que fundamentam seu método são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, ou seja, o círculo diz respeito ao movimento de interpretar no já compreendido, mas não como um círculo vicioso, e sim um círculo virtuoso que fixa modos consentâneos de entrar nele. Já em termos da diferença ontológica, a premissa aduz a relação entre o ente e o ser, relação esta em que, enquanto o ente é mundano, o ser é transcendental e concebível na interpretação.

Destarte, o plano investigativo pretende apresentar uma circunvisão crítica do problema de acordo com uma postura questionadora e desafiadora que realize a interação entre a realidade e o ressignificado dos sentidos no desvelamento do potencial das possibilidades. Logo, a construção da crítica estrutura-se em três passos em simetria com a

divisão do trabalho, que consistem em: (i) o comportamento crítico demonstrando as insuficiências, as lacunas e as incompletudes da realidade observada (decisão judicial na trilogia estrutural do processo); (ii) o diagnóstico do presente que revela proposições em conexão com os pontos inautênticos tracejados na primeira parte (processo como linguagem e fenômeno cultural), e (iii) a orientação para emancipação do problema amarrando as duas primeiras partes no desvelamento das perspectivas (ressignificação dos signos e dos significados do processo refletidos na decisão jurídica no pós-positivismo hermenêutico).

Nesse sentido, a primeira parte do trabalho se direciona para a desconstrução da trilogia estruturante do processo por meio da evolução e da historicidade da decisão judicial, assim como da necessidade de reclassificação desse instituto dentro da teoria processual. A marca intencional dessa primeira parte é a postura crítica, ao apresentar as quebras do modelo vigente ao longo de sua historicidade e no modo com estas exigem uma mudança radical na forma de conceber a decisão jurídica dentro da trilogia processual. Nessa parte, o giro ontológico volta-se para a observação da decisão jurídica no panorama processual, no desvelamento desse instituto a partir da estrutura que o cerca e da diagramação que o compõe, e, por fim, para a criação de campos de possibilidades que demonstrem o inautêntico aproveitamento da decisão para com as teorias da ação, da jurisdição, das provas e da jurisprudência.

Na segunda parte, embora o objetivo da pesquisa seja uma releitura da decisão judicial a partir dos signos e dos significados do processo, o estudo se volta para uma premissa que aduz a lume uma realidade do direito processual, a qual consiste em ser concebido fora do método e ser (re)dimensionado como linguagem e fenômeno essencialmente cultural, pois, tal forma de olhar para o processo tem o condão de ser o sítio epistemológico de construção interpretativa do direito a partir de sua imersão na realidade. Logo, nessa parte do trabalho, o desafio se concentra em delinear um diagnóstico do presente, isto é, o foco é apresentar a convergência de superação de paradigmas em vários cânones da trilogia estrutural do processo, como a autoridade e a imparcialidade dos julgadores, a visão da aplicação do direito como linguagem e a convergência entre a fundamentação e o contraditório como fortalecimento do devido processo legal. Assim, espera-se demonstrar que os elementos atuais os quais estão em órbita nos sistemas de interpretação, aplicação e criação do Direito precisam ser incorporados à realidade hermenêutica deste.

Finalmente, na terceira e última parte, a atividade investigativa volta-se para a emancipação do problema, ou seja, diante de todo o arcabouço construído, o estudo pretende

estabelecer uma comunicação entre a crítica ao modelo atual e o diagnóstico das soluções que o presente oferece. Nesse sentido, após essa confrontação, objetiva-se construir proposições que orientem à reestruturação formal e substancial da decisão jurídica sempre intermediadas pela revolução dos signos e dos significados do processo. Portanto, esta última parte propõe incorporar o giro hermenêutico no quebramento da autoridade jurisdicional como uma exigência da pós-modernidade e como possibilidades de criação de modelos processuais de decisão jurídica em conformidade com o contexto que o problema se revela, apontando propostas para um novo teorema da trilogia estrutural do processo.

A relevância do tema repousa no desafio de enfrentar um dos grandes motes da epistemologia e da prática jurídica contemporânea, o qual se refere à questão de como conformar a disposição dos modos de interpretar e aplicar o Direito no manto processual. Nessa perspectiva, a investigação perpassa pela nova forma de conceber o direito como ordem democrática e como hermenêutica, e como essa visão se reflete nas estruturas e nos institutos que sofrem impactos nessa transformação em curso, em específico, a decisão e o processo.

Diante disso, a hodierna pesquisa se justifica, pois, além de fomentar o debate por meio da investigação da realidade, ambiciona contribuir para o desenvolvimento do estudo do Direito a partir de problemas que estão em curso. Por conseguinte, considerando que ainda não há soluções satisfatórias que alcancem a estabilização da questão, o propósito adotado, ao reverso de pretender sedimentar a discussão, pretende criar possibilidades de debates que enriqueçam a conversação teórica existente, proporcionando o alcance de patamares depurativos do problema posto. Portanto, o processo, além de meio pacífico de solução de conflitos, é o corpo orgânico de desenvolvimento do Direito que necessita estar sempre se modificando para se adequar à existência social e, assim sendo, todo e qualquer estudo que pretenda desvelar modos inéditos de exercício da tutela jurídica em consonância com o Estado Democrático de Direito e a Constituição são admitidos e justificáveis.

PARTE I

(DES)CONSTRUÇÃO DA TRILOGIA ESTRUTURAL DO PROCESSO: a incompletude dos conceitos de processo, de jurisdição e de ação em acomodar a decisão judicial no Estado Democrático de Direito

(2) A GENEALOGIA E A HISTORICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL DIANTE DA ASCENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL: diferentes fases, do sincronismo ao anacronismo (2.1) As fases metodológicas do processo e a decisão judicial (2.1.1) Tipologia dos modelos processuais (inquisitivo, dispositivo, cooperativo, garantista e constitucional) na configuração da decisão jurídica e da trilogia estrutural do processo (2.1.2) Os reflexos do formalismo-valorativo e do garantismo constitucional na trilogia estrutural do processo e na decisão judicial (2.2) Formação estrutural da sentença no modelo constitucional do processo: da autoridade à argumentação (2.2.1) Teoria dos atos processuais e a decisão judicial (2.2.2) Topografia dos efeitos, dos elementos e do conteúdo da decisão judicial

(3) A NECESSÁRIA (RE)CLASSIFICAÇÃO DA DECISÃO NA TRILOGIA ESTRUTURANTE DO DIREITO PROCESSUAL Por uma nova feição das decisões judiciais como construção argumentativa (3.1) Teorias do processo vistas pelo referencial da decisão jurídica (3.1.1) Teorias da ação e a decisão judicial (3.2.1) Teorias da Jurisdição e a decisão judicial (3.2) Diálogos entre factibilidade processual, participação e direito jurisprudencial: o ponto de contato entre a verdade provável no processo, a argumentação e a coerência/integridade do direito na decisão judicial (3.2.1) Teoria geral da prova e a decisão judicial (3.2.2) Os precedentes judiciais como "plot" de coerência e integridade da decisão judicial

[...]“No entanto, consegui dominar-me e perguntei ao inspector, tranquilamente - se ele aqui estivesse confirmaria as minhas palavras -, por que razão estava preso. Conservo ainda na memória a imagem desse inspector que, sentado no sofá da senhora a quem já me referi, era a encarnação da arrogância imbecil. Sabeis que resposta ele me deu? Nenhuma, bem vistas as coisas. Talvez, na realidade, nada soubesse; prendera-me, e isso chegava para o contentar. Mas a actuação dele não ficou por aqui. Levou para o quarto dessa senhora três funcionários, sem categoria, do meu banco, que se encarregaram de mexer nos retratos pertencentes à locatária. A presença desses empregados tinha, naturalmente, ainda um outro objectivo. Tal como a minha Senhoria e as criadas, deviam eles espalhar a notícia da minha prisão, prejudicar a minha reputação e, acima de tudo, abalar a minha posição no banco. Nenhum desses objectivos, nem mesmo a mínima parte deles, foi atingido. Até a minha Senhoria, uma senhora muito simples - desejo aqui prestar-lhe homenagem mencionando o seu nome, chama-se Grubach - até a senhora Grubach foi suficientemente sensata para compreender que tal prisão não tinha mais importância do que um ataque levado a cabo numa viela por uns rapazolas pouco vigiados. Repito: a mim o caso só trouxe inconvenientes e dissabores passageiros,

*mas não poderia ter tido consequências mais desastrosas? Assim que K. se interrompeu e olhou para o impassível juiz de instrução, julgou notar que este acabava de piscar o olho a alguém que se encontrava entre a multidão. K. sorriu e disse:- Mesmo aqui, a meu lado, o senhor juiz de instrução fez um sinal secreto a alguém da assistência. Portanto, entre vós, há gente dirigida daqui de cima. Ignoro se o sinal agora feito devia provocar aplausos ou assobios, e renuncio, em plena consciência, a interpretar o seu significado, uma vez que prematuramente o denunciei. Ele é-me absolutamente indiferente e dou plena autorização ao senhor juiz de instrução para ordenar aos seus contratados, em voz alta e não por meio de sinais disfarçados, que o secundem quando disser: “agora pateada” ou então “agora palmas”. [...]*¹

*Trecho da obra, O Processo, de Franz Kafka.*²

2 A GENEALOGIA E A HISTORICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL DIANTE DA ASCENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL: diferentes fases, do sincronismo ao anacronismo

Ao remontar o passado e a genealogia da decisão judicial, é imperioso denotar que a utilização desse termo, por ora, refere-se a todos os elementos que compõem o grupo de conceitos decisórios dentro do esteio processual, os quais são sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, decisões liminares e até mesmo despachos que detêm teor decisório, posteriormente, a investigação foca-se mais na decisão enquanto resolução e produto final do processo. Nesse sentido, o ponto de partida da investigação histórico-conceitual para o desvelamento dos sentidos do objeto não cai no truísmo de adotar o direito romano (período final da História Antiga) como origem do instituto da sentença e da própria técnica processual. Adota-se a tese da heterogênesse do direito, que consiste em reconhecer que os povos anteriores ao período romano, isto é, os povos dos períodos ágrafos e de boa parte da História Antiga (Mesopotâmia, povos sumérios, acádios, assírios e babilônicos), detinham conhecimento e operabilidade de técnicas processuais e decisórias muito antes de pensar o direito enquanto sistema, tomando-o como fenômeno de origem cultural e reconhecendo a sentença e o processo como fontes originárias do Direito (CANNATA, 1980).

Nesse sentido, segundo Pimentel (2008, p. 37–65), as formas de resolução de conflitos em grupos familiares ou clãs advêm muito antes da escrita e existem no que se pode chamar da pré-história do direito processual. No caso das sentenças, mesmo nos grupos

1 KAFKA, Franz. O Processo. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pág. 33.

2 A introdução de cada uma das três partes em que foi dividida esta dissertação contém um trecho da obra literária, O Processo, de Franz Kafka, para provocar reflexões sobre a importância do direito processual, da hermenêutica nessa disciplina, bem como das formas de construção de vínculos de constrangimento do poder e quebramento da autoridade da jurisdição na aplicação do direito no, e pelo processo.

tribais, nas civilizações dos períodos ágrafos ou nas primeiras civilizações antigas, encontram-se resquícios de alguma elaboração processual rudimentar na solução de conflitos, em que as decisões eram atos autoritários sacerdotais que criavam costumes. Nesse entendimento, preleciona Alexandre Freire Pimentel (2008, p. 37–38) sobre o tema:

Estudos sobre a monogênese e heterogênese do direito revelaram-se úteis para fins de situar o processo nos prelúdios do fenômeno jurídico, bem como para demonstrar que, apesar de o direito não possuir origem única, como quer considerável e respeitável setor da doutrina, a resolução de conflitos sociais perfizera-se indistintamente através de um procedimento que culminava com a edição de um juízo valorativo traduzido na sentença, que, por sua vez, exsurge como fonte primária do universo jurídico.

Portanto, o conceito de sentença pode ser observado em sistemas sociais bem antes dos sistemas jurídicos codificados bem como de uma estruturação processual científica. Nessa perspectiva, mais uma vez, encontra-se eco na tese elaborada por Alexandre Freire Pimentel (2008, p. 40) no seguinte pensamento que corrobora tais ideias:

Antes dos romanos, sem dúvida, houve ordenamentos jurídicos embasados em codificações hauridas a partir de precedentes judiciais dotados de preceitos genéricos a serem aplicados aos casos concretos futuros. O fato de as primeiras normas legisladas terem sido extraídas de sentenças antes prolatadas na resolução concreta de litígios está a denunciar e revelar que o direito processual constitui-se na fonte primacial do direito, pois é fato histórico que a primeira fonte do direito do pós-dilúvio foi a sentença, portanto, o processo designa a fonte preliminar do fenômeno jurídico, ainda quando concretizado de modo procedimental rudimentar.

Nessa perspectiva, a heterogênese do Direito partiu do Processo e também das sentenças judiciais, sendo que tais normas concretas individuais serviram de inspiração e proposta para a criação de normas gerais e abstratas. Tal constatação pode ser verificada pelo raciocínio que aduz o Processo como elemento que dá vida concreta ao Direito e o retira da ordem metafísica, ou seja, muito antes da existência conceitual da Jurisdição, dos sistemas e das normas abstratas, o fenômeno jurídico encontrava abrigo nas atividades religiosas, ritualísticas e morais, em que o veredicto dado pelo sacerdote, escolhido do rei ou líder religioso, a partir de sua autoridade, era a lei e a materialização do Direito em um período marcado pela oralidade, o qual se pode denominar de processo jurídico costumeiro. Assim, conforme menciona Pimentel (2008, p. 43), "[...] o processo marca o advento do Direito", pois, este se resumia a uma sentença, enquanto norma individual, e aquele era o envoltório desse ato. Nesse sentido, as sentenças judiciais, enquanto normas sociais objetivas, confundiam-se com o próprio direito, evidenciando um sincronismo e um alinhamento entre decisão, processo e direito nos primórdios da ideologia processual.

2.1 As fases metodológicas do processo e a decisão judicial

A consequência de pensar o processo como fenômeno cultural aduz consigo a ideia de que as influências epistemológicas, históricas e filosóficas de determinada época se refletem no modo como o processo é visto ao longo da história, assim como seus institutos e conceitos fundamentais, em especial, a decisão jurídica. Primeiramente, é relevante destacar que este estudo reconhece o processo contemporâneo em sua quarta fase metodológica, fase esta, que ainda está em construção científica, assim como a indeterminação da pós-modernidade, justamente por isso, ainda não pode ser vista como algo pronto e acabado. Em momento posterior adentra-se nessa dimensão. A respeito das três primeiras grandes fases metodológicas do direito processual, adota-se a seguinte classificação: (i) fase praxista, sincretista ou imanentista; (ii) fase processualista ou autonomista; e (iii) fase instrumentalista (TUCCI; AZEVEDO, 2001) (MITIDIERO, 2007).

Nessa compreensão, tem-se a síntese das três fases no pensamento de Fredie Didier Jr. (2010, p. 261), no seguinte trecho:

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. [...] Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou.

Parece importante, porém, descortinar estes três primeiros ciclos sob o prisma das decisões judiciais. Ao tempo do processo sincrético, a despreensão científica refletia-se na desnecessidade de justificação das decisões, embora houvesse um forte apelo ao senso de justiça e à resolução empírica dos casos. Tal afirmação é facilmente verificável, porque o processo era considerado um anexo do direito material e era visto muito mais como arte do que como ciência. Nesse sentido, a postura de quem detinha o poder decisório era a de autoridade soberana decorrente de sua prática de decidir casos, desconsiderando a relação jurídica existente entre os sujeitos, e, da mesma forma, a necessidade de participação dos litigantes (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2012) (MITIDIERO, 2004).

O processo, portanto, era um pedido posteriormente acompanhado de uma defesa para se chegar a opinião da autoridade julgadora, sem maiores espaços para argumentação, demonstrações e criações. Destarte, nessa fase, os conceitos fundamentais do processo não têm uma clara distinção e uma delimitação de sua abrangência. No período do praxismo o processo era visto como contrato (*liticontestatio*) em que os litigantes se submetiam a autoridade do árbitro comum, livremente escolhido pelas partes, ou seja, o processo se resumia a um pedido de uma das partes com oitiva da outra, e, diante dessas duas peças, o julgador era livre para decidir. Nesse entendimento, a autoridade ocupava o maior espaço da resolução dos conflitos, deixando o processo e as sentenças submissas a sua vontade (PICARDI, 2008) (MEDINA, 2016).

A segunda fase metodológica processual teve origem em Oskar Von Bülow (1868), processualista alemão que, em sua obra traduzida para o português, intitulada: "A teoria das exceções e dos pressupostos processuais", recepcionou fortes ideias hegelianas na construção de suas propostas teóricas, e que, posteriormente, foram depuradas e transformadas por Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti. Esta visão científica concebeu o processo como uma relação jurídica complexa, autônoma e que pertence ao direito público, realizando o processo como um fim em si mesmo. Entretanto, sob a perspectiva decisória, nesta época metodológica, o juiz era o representante da jurisdição e tinha como dever prover as demandas das partes, isto é, a jurisdição era a função do Estado de promover a atuação concreta da vontade da lei, por meio da substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual dos juízes, não apenas das partes, mas de todos os cidadãos. Em relação a decisão jurídica, o traço forte dessa Era foi a apropriação por completo da autoridade decisória pelo Estado (CHIOVENDA, 2000a) (CARNELUTTI, 2004) (CALAMANDREI, 1965).

Consequentemente, nessa Era processual, a vontade dos juízes ganhou relevante destaque, já que o processo era o conjunto de situações processuais pelas quais as partes caminham até a conquista da prestação jurisdicional por meio da sentença. Aqui, pela primeira vez o processualista italiano Piero Calamandrei, absorvendo as contribuições de Chiovenda, identifica a sistematização do processo nos conceitos fundamentais: ação, processo e jurisdição. Posteriormente, Carnelutti adota o termo Teoria Geral do Processo, todavia, nesta época, a jurisdição ocupava o centro da teoria do processo. Tal período foi um manancial fértil de grandes contribuições científicas. Porém, sob a ótica da decisão judicial, esta permaneceu incorporada à jurisdição sem garantir que os constrangimentos dialógicos processuais interferissem significativamente no resultado decisório final (CHIOVENDA, 2000a)

(CARNELUTTI, 2004) (CALAMANDREI, 1965).

Já em relação à terceira fase metodológica, aconteceu um abandono das ideias que defendiam o isolamento científico processual para, em seu lugar, estabelecer inter-relações com outras áreas e outros sistemas que pertencem ao universo jurídico, como os sistemas políticos, sociais e o próprio direito material (DINAMARCO, 1986). Outro traço marcante dessa fase é a fixação das finalidades processuais; o processo era o meio de se chegar ao direito, contudo, tal fase incorreu no mesmo erro de fases anteriores, o qual consiste em pensar o processo como método e técnica, ampliando ainda mais os poderes decisórios, criando um amplo poder discricionário dos juízes, que, além de deterem a vontade da jurisdição, poderiam se utilizar do processo (instrumento) para realizar vontades do Estado, e submeter tal vontade às partes. No instrumentalismo processual, apesar de o processo ser posicionado no mesmo patamar da constituição na realização de escopos metajurídicos sociais e políticos, a jurisdição era quem detinha protagonismo e destaque no corpo estrutural do processo, conseqüentemente, ocorre a relativização do binômio direito material e processo, havendo uma troca de influências, o que por si só já revela uma quebra de paradigma da fase autonomista do direito processual (ZANETI JÚNIOR; MADUREIRA, 2017).

Nessa fase, embora o processo tenha permitido influências externas no que se refere às finalidades políticas e sociais no âmbito do direito material, tais influências se concentravam isoladas na discricionariedade do juiz, enquanto o processo ainda permaneceu fortemente atrelado ao formalismo e à subserviência perante a jurisdição. Diante dessa perspectiva, o processo como instrumento se confundia com a própria função da jurisdição, isto é, o processo é o meio adotado pelo poder estatal para agir, e a ação é o ponto de ignição para esta atuação do Estado. Tal concepção, na atualidade, demonstra descaso com os jurisdicionados e uma profunda divergência dos paradigmas democráticos e hermenêuticos que regem o direito no século XXI. Em conformidade com esta estrutura, a decisão judicial, que é o grande produto do processo, tem um diminuto espaço conceitual, subordinado à jurisdição e com poucos vínculos de constrangimentos advindos do processo, quando, de fato, deveria ser um dos institutos mais fortes do direito processual. Portanto, se o processo é um instrumento, pode pertencer a qualquer um dos sujeitos processuais, das partes ou da jurisdição, no entanto, costuma pertencer a quem detém mais poder.

2.1.1 Tipologia dos modelos processuais (inquisitivo, dispositivo, cooperativo, garantista e

constitucional) na configuração da decisão jurídica e da trilogia estrutural do processo

Antes de passar à atual fase metodológica do direito processual, é necessário descortinar a tipologia dos modelos processuais, pois, o modo de conformação dos poderes e a sua distribuição entre os atores no processo é fundamental para compreender o momento metodológico de cada Era. No mesmo sentido, a evolução desses modelos caminha para a minimização da participação do Estado e uma mudança panorâmica das funções exercidas, reordenando os conceitos fundamentais e demonstrando uma prevalência pela aspecto substancial do processo em detrimento da forma.

Além disso, as dinâmicas que ordenam os ícones desse ramo jurídico e que são responsáveis por alicerçar toda a teoria geral do processo se hasteiam a partir de três conceitos fundamentais (ação, jurisdição e processo) sob a rubrica de trilogia estrutural da ciência do processo civil, sistematizado pela primeira vez no ano de mil novecentos e quarenta e quatro (1944) pelo processualista argentino Ramiro J. Podetti (1944, p. 113-170), embora este mesmo autor defenda uma concepção dinâmica e unitária desse trinômio conceitual, uma vez que, para ele, as partes do trinômio não possuem existência independente e são pressupostos de compreensão um do outro. A concepção de Podetti, portanto, compõe o suporte metodológico e científico do estudo da teoria e da prática do processo por todo o período de transição da modernidade para a pós-modernidade, contemplando uma Era processual de significativas mutações, até mesmo no núcleo e na ordenação desses símbolos conceituais (PODETTI, 1963; p. 338-339) (MEDINA, 2016, p. 43).

De fato, em cada momento histórico, cultural e ideológico do direito processual, a tipologia dos modelos utilizados deu o tom do devido processo legal e remodelou os conceitos fundamentais do processo. Pois bem, os dois primeiros modelos, dispositivo e inquisitivo, contemplaram as três primeiras fases metodológicas desse ramo jurídico (sincretismo, processualismo e instrumentalismo). Nesse contexto, o modelo inquisitorial, conforme preleciona Fredie Didier Júnior (2011, p. 208), organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo; já nos modelos dispositivos ou adversariais, as partes tem protagonismo e a figura do juiz é praticamente inanimada, embora tenha uma soberana autoridade decisória.

No entanto, a observação desses dois modelos de forma isolada e excludente incide em um maniqueísmo conceitual, isto é, não há modelos puros. Da mesma forma, a noção de que, em regimes liberais, prevalece o modelo dispositivo-adversarial, e, em regimes

autoritários, predomina o modelo inquisitivo, assim como a premissa de que o processo penal é inquisitivo e o processo civil é dispositivo, ou ainda, em países de tradição jurídica do *Civil Law* existe um predomínio da inquisitividade, e, nos países do *Common Law*, o predomínio é o da dispositividade, recaem todas na mesma imprecisão. Os presentes modelos têm vigência mútua e seus traços epistemológicos estão presentes em várias fases, o que se pode verificar é a predominância de um ou de outro modelo, em específico momento do feito processual de maneira casuística (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 210).

Tais modelos têm reflexos diretos nos conceitos fundamentais do mosaico teórico proposto por Podetti. Em modelos dispositivos, ou adversariais, a ação tem um papel importante, e conseqüentemente o processo, pois, neste, desenvolvem-se os confrontos dialógicos, enquanto naquela, a vontade das partes direciona a relação jurídico-processual, contudo, a jurisdição não tem compromisso de se submeter aos deslindes das partes e se mantém em uma posição distante do conflito. Por outro lado, em modelos inquisitivos, a ação se contrai a um pedido, o processo torna-se um palco para a jurisdição exercer sua vontade e, ao final, proferir um ato decisório autoritário, desprovido de garantias aos participantes do processo.

Em relação à decisão judicial, pelo prisma dos modelos inquisitivos, esta fica submersa ao poder da jurisdição, e, pelo prisma dos modelos dispositivos, a jurisdição não exerce uma aproximação consentânea a um processo que prime pela melhor elaboração argumentativa e discursiva que garanta às partes influenciar no provimento final. Portanto, em tais modelos, a trílogia estrutural do processo apresenta-se em desequilíbrio, o que compromete a decisão jurídica, sempre concebida de modo autoritário, ora pelo distanciamento da jurisdição aos demais conceitos fundamentais, ora pela sobreposição da jurisdição a estes mesmos conceitos.

Por conseguinte, com o advento do Estado Democrático de Direito, houve uma transformação de todo sistema jurídico bem como de suas partes, e, com efeito, as normas constitucionais tornaram o fundamento de validade para todas as demais, operando uma conquista democrática em todo o Direito. Nessa convergência, o Direito, enquanto ordem e manifestação de poder, não pode exercer sua autoridade exclusivamente por meio de atos de autoridade, muito pelo contrário, toda a atividade do Estado deve ser exercida garantindo a preservação e a proteção dos direitos fundamentais, sob pena de cometer abusos e excessos (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016) (FERRAJOLI, 2000).

Nesta esteira, estão o modelo cooperativo, concebido por Daniel Mitidiero, e também

o modelo constitucional de processo, proposta amplamente discutida por alguns processualistas de destaque, como Hermes Zaneti Júnior e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. O principal traço genético desses modelos é considerar o paradigma democrático conquistado com a constitucionalização do Direito, com a irradiação dos princípios na interpretação jurídica e com a garantia de participação dos cidadãos em todas as esferas de poder do Estado, inclusive o acesso à justiça.

Nessa compreensão, o modelo cooperativo, conforme aduz D. Mitidiero (2007, p. 115), propõe a organização de um modelo de formalismo processual, pautado pela cooperação entre todos aqueles que participam do processo, tornando-o, a partir do marco teórico do formalismo-valorativo, método próprio do direito processual civil no quadro do Estado Constitucional. Neste presente modelo, o processo ocupa a posição central na trilogia estrutural e possibilita, ou ao menos ambiciona, constranger a autoridade jurisdicional de forma efetiva, embora não se aprofunde na decisão judicial (MITIDIERO, 2007) (OLIVEIRA, 2008) (ZANETI JÚNIOR, 2007).

No mesmo sentido, os limites que o Direito impõe a qualquer categoria de poder se refletem da mesma forma nos conceitos processuais, ou seja, a decisão jurídica ganha traços democráticos e discursivos que a autoridade isolada da jurisdição não é capaz de realizar. Nessa perspectiva, preleciona Luiz Ricardo Lorenzetti (2010, p. 322), no seguinte trecho:

O direito é um limite ao poder público e privado, seja este de natureza política, econômica ou cognoscitiva. A aplicação efetiva desse modelo requer a descentralização das decisões na sociedade civil, assim como a autorestrição. O limite do Poder Público está baseado no Estado de Direito nos seguintes aspectos: (i) a construção de uma esfera de individualidade pessoal frente ao poder estatal; (ii) os direitos humanos como acordo prévio à constituição do Estado; (iii) a descentralização do poder mediante ações participativas da sociedade civil; (iv) a justiça local, entendida como o controle dos critérios distributivos das instituições que atribuem bens. O limite das decisões majoritárias é dado pela Constituição: (i) os direitos humanos são a expressão do dissenso a respeito de um consenso majoritário precedente, e por isso o dissenso é a diferença e não a antijuricidade; (ii) os juízes são os guardiões das instituições e dos direitos individuais. Sua atuação não deve estar direcionada a substituir a vontade das majorias ou minorias, mas sim assegurar o procedimento para ambas se expressarem.

Conforme o texto exposto, é notório perceber que os modelos (sincretismo, processualismo e instrumentalismo), os tipos (inquisitivo e dispositivo), bem como os conceitos fundamentais da trilogia estrutural do processo (ação, jurisdição e processo) são insuficientes em acomodar a decisão judicial dentro desse paradigma ideológico. O que remete a uma renovação do modo de ser da tutela jurídica tendo como gênese o garantismo, pois, este é, certamente, a melhor representação do atual estágio evolutivo do Direito, bem

como, sua realização e sua construção. Conseqüentemente, toda teoria garantista detém a missão de renovar os institutos jurídico-processuais, isto é, modificar a concepção metodológica do processo, redefinir a tipologia de distribuição de poderes no âmbito processual, e, conseqüentemente, reestruturar o trinômio fundamental do processo.

Embora o garantismo possa reconhecer sua origem no século XVIII como uma limitação à discricionariedade potestativa do juiz, foi com o jurista italiano Luigi Ferrajoli que o garantismo se tornou sinônimo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e, muito ao contrário do que alguns pensam, não se trata de uma proposta exclusiva para o direito penal, é na verdade uma compilação para o Direito, sendo o direito penal, na obra *Diritto e Ragione* (Direito e Razão), apenas um objeto de análise. No entanto, esta teoria pode ser refletida sobre qualquer sistematização jurídica a respeito das formas adequadas de operabilidade de poder em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para a melhor definição do garantismo, Ferrajoli (2002, p. 683-687) descreve-o em suas três acepções:

[...] Da palavra "garantismo" é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si, que correspondem a outros tantos temas tratados nas três primeiras partes deste livro, mas que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico. Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano político epistemológico se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo o sistema penal que se conforma normativamente como tal modelo e que o satisfaz efetivamente. [...]

[...] Em um segundo significado "garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade", como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora desta patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...] uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, [...] que requer dos juizes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes. [...]

[...] Segundo um terceiro significado, por fim, "garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. [...]

Portanto, diante dessa incursão, constata-se que qualquer pormenorização e quaisquer escrutínios sobre modelos processuais cooperativos ou constitucionais repousam na imensidão do garantismo, e, assim, adotar o modelo de processo garantista significa incorporar tais teorias em quaisquer escalas adotadas. Conseqüentemente, a trilogia estruturante do direito processual assume nova roupagem no processo garantista, justamente, porque esta teoria redimensiona o lugar e o modo de ser da decisão jurídica, ao desmontar a autoridade da jurisdição e fortalecer o processo, enquanto espaço dialógico de participação com liberdade e igualdade, e, fomentador do jogo democrático, bem como garantir que a ação habilite os cidadãos a construir o produto resultante do choque entre direito e realidade no, e pelo processo.

2.1.2 Os reflexos do formalismo-valorativo e do garantismo constitucional na trilogia estrutural do processo e na decisão judicial

Inicialmente, por entender que existem várias acepções que conceituam a atual fase metodológica do processo, mas que, justamente por este ciclo estar em curso, as definições propostas se diferenciam apenas em ínfimas questões terminológicas e argumentativas, este estudo adota a nomenclatura do formalismo-valorativo, cunhada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006), em detrimento dos signos propostos por outros processualistas, como, por exemplo, F. Didier Jr. (2010, p. 257), em neoprocessualismo, e D. Mitidiero (2015, p.70), em "Processo no Estado Constitucional". Entretanto, o que é irrefutável é a constatação de que o processo está vivendo uma quarta fase em sua fisiologia metodológica, independentemente da nomenclatura adotada.

Pois bem, apesar do complexo movimento tectónico dos signos e dos significados do processo, existe um traço que demarca o início desse novo paradigma científico-processual. Em sincronia com o entendimento de Fredie Didier Jr. (2010, p. 257-263), a passagem de um Estado legislativo para um Estado Constitucional desenhou um rol de características que determinam a marca genética dessa fase, quais sejam: (i) reconhecimento da força normativa da constituição, que irradia valores democráticos e humanitários em todos os ramos jurídicos; (ii) desenvolvimento da teoria dos princípios, transformando-os em normas de fechamento e conformação da interpretação jurídica; (iii) revolução hermenêutica do direito, transformando a atividade jurisdicional em uma atividade criativa; e (iv) expansão e consagração dos direitos

fundamentais concebendo uma eticidade reflexiva no direito processual.

Destarte, para melhor conceituar tal paradigma metodológico, a melhor definição advém do próprio realizador dessa conjuntura teórica, assim, nas palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2008, p. 125-126) têm-se as linhas gerais do que vem a ser o formalismo-valorativo:

Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Nesse sentido, o formalismo-valorativo no direito processual se mostra consentâneo ao Estado Democrático de Direito e garante a esta fração do ordenamento uma deferência à Constituição em termos formais e materiais; uma irradiação de direitos fundamentais na forma de garantias no palco processual, e, por fim, mostra-se adequado a atual Era do Direito, a do pós-positivismo hermenêutico (TORRANO, 2015) (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016). Do mesmo modo, o formalismo-valorativo alinha-se ao garantismo processual por este lhe conferir substancialidade e idealizar, segundo Ferrajoli (2002, p. 684), uma tutela idônea a minimizar a autoridade e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função decisória do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. O fortalecimento do processo denota ao Estado o papel de instrumento na garantia dos direitos fundamentais.

Consequentemente, diante da ascensão do direito processual, nas última décadas, impulsionado por revoluções filosóficas, jurídicas e culturais, o trinômio estrutural do processo necessita se readequar ao paradigma do formalismo-valorativo e do garantismo para concretizar a máxima amplitude dessa realidade processual. Porém, um ponto importante que exsurge nessa perspectiva é a decisão judicial, pois, diante de todo esse contexto, é percebido um descompasso entre teoria do processo e decisão judicial.

O anacronismo existente entre o processo (conceito) e a decisão jurídica na contemporaneidade habita no distanciamento do formalismo-valorativo e do garantismo processual, das formas de constranger autoridade jurisdicional na formação da decisão. É nítido que a decisão judicial, assim como o processo, ganharam protagonismo no Estado Democrático de Direito, no entanto, a autoridade e a discricionariedade jurisdicional, diante da má conformação dos demais institutos fundamentais do processo, permanecem isoladas e imunes aos incidentes incitantes da teoria garantista processual, como o poder de influência dos diversos atores processuais e a imersão da jurisdição no processo. Portanto, na atual concepção científica processual, mesmo o processo ocupando a posição central da trilogia estrutural do processo, a decisão ainda se resume a um ato jurisdicional isolado e exclusivamente autoritário.

2.2 Formação estrutural da sentença no modelo constitucional do processo: da autoridade à argumentação

A etimologia do vocábulo "sentença", advém do latim *sententia*, que é derivado do verbo *sentio/sentire*. Sua origem remonta ao período histórico do direito romano e traz consigo a noção de manifestação sobre um sentimento, remetendo à ideia de expressão da vontade. Entretanto, tal conceito não corresponde mais à dimensão que esse instituto representa no direito e na sociedade contemporânea. Com efeito, a nomenclatura "decisão judicial" tem ganhado destaque nos ordenamentos jurídicos como uma forma de quebrar esta estrutura para inaugurar uma nova fase para este signo. O notável fato é que os provimentos jurisdicionais ao longo da história vem substituindo a intelecção e a cognição subjetiva pela discursividade e a compreensão heterorreflexiva (TARUFFO, 2015).

Porém, sua formação estrutural, apesar de alguns avanços, mantém-se sobre a égide de um ambiente autoritário. Nesse sentido, toda a dinâmica processual incorporou elementos gravados pela revolução hermenêutica das ciências humanas e pela releitura do poder dentro do Estado Democrático de Direito, ambas ocorridas no século XX. Todavia, a decisão judicial ainda repousa em sua definição estática desde os períodos ágrafos do direito processual, passando por uma relativa reestruturação somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/1988) e o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Pois bem, diante da complexidade conceitual e estrutural das decisões judiciais, quaisquer tentativas de definições, arraigadas em teorias passadas, detêm alta probabilidade de recair em imprecisões, tal percepção é contrastada na obra de Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 281) que materializa a definição de sentença, reconhecendo a necessidade de revisão do conceito:

Chama-se sentença ao mais importante dos provimentos judiciais. Nos termos do que dispõe o § 1º do art. 203, “ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a "execução". Esta definição legal, porém, não é imune a críticas, sendo relevante buscar-se determinar com mais precisão o conceito de sentença.

Portanto, a definição científica dos provimentos jurisdicionais busca fundamentação nos códigos, que, por sua vez, trazem uma definição que remete a outros dispositivos de texto. Mais à frente, o próprio Alexandre F. Câmara (2017, p. 282) sintetiza a parametrização conceitual de sentença como sendo, “[...] o ato que põe fim a um módulo processual, ou seja, é a manifestação do juiz que encerra o processo ou alguma de suas fases”. Assim, a definição de um dos conceitos fundamentais do processo é dada pelo direito positivo, o que, diante da configuração do Estado Democrático de Direito, consiste em uma contradição, já que tal explicação repousa no paradigma metodológico da instrumentalidade e do autonomismo processual, sem demonstrar compromisso com a teoria garantista, cuja impositividade é essencial para a solidificação de um modelo processual condizente com a pós-modernidade.

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais tornaram-se essenciais para a evolução do direito, e, conseqüentemente, para a interpretação jurídica, pois, além de ser norma jurídica válida para casos individuais, na atualidade, este instituto adquiriu *status* de construção criativa e compartilhada realizada por diversos atores processuais e também por elementos delimitadores do ordenamento jurídico, como a legalidade, o valor do direito jurisprudencial e a questão da verdade probatória na argumentação processual. Peixoto (2017, p. 122-124) traz o importante pensamento do jurista e hermeneuta alemão, Josef Esser, sobre a importância da interpretação no contexto da decisão jurídica, pensamento este, transcrito em partes, no trecho a seguir:

Segundo Esser, cada aplicação do direito exige uma compreensão que depende do intérprete, mas não de modo exclusivo, visto que não se apresenta apenas subjetivamente, exigindo, ao oposto, uma observância do ambiente social ao qual se dirige na medida em que a decisão deve apresentar-se razoável, isto é, aceitável como formulação de direito objetivo. O autor, em busca de uma interpretação dinâmica que responda aos conflitos existentes, destaca a importância dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais como instrumentos que permitem uma maior

atuação do julgador, isso porque possibilitam, mediante uma “aparente formulação em ‘branco’, um reenvio a valores sociais” [...] Esser reconhece que a interpretação é uma questão fundamental no pensamento jurídico, seja para quem considere a aplicação do direito apenas uma observância à norma e, caso a caso, a concretização de uma subdivisão de trabalho; ou, ainda, para quem entenda de forma menos hierárquica o processo de individuação do direito, segundo o qual a norma surge por meio de um poder legislativo e junto decisional. Em ambas as concepções, a lei, muita vez entendida como programa, necessita do processo de interpretação/aplicação para sua concretização.

Portanto, conforme aduz Peixoto (2017), e, no mesmo sentido, Esser (1961), a lei se aproxima de uma diretriz que, ao se colidir com a realidade, busca no processo uma interpretação-aplicação para se realizar e ganhar vida no ordenamento. Assim, a decisão judicial, perante toda esta complexidade, tornou-se responsável por (re)criar o Direito. Ao oposto, é ingenuidade ainda concebê-la como um ato de autoridade dotado de desproporcional subjetividade.

Em termos da constitucionalização do processo, vários são os elementos que modificaram a ideologia processual, dentre os principais, têm destaque para este estudo: (i) a jurisdição constitucional como marco do poder criativo-decisório da jurisdição; (ii) a racionalidade prático procedimental e a fundamentação como condições de validade da atividade jurisdicional; e (iii) o contraditório como valor-fonte do processo democrático em todos os seus níveis. Todos estes paradigmas influenciaram o modo de ser da decisão jurídica, contudo, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) materializou diversas outras mudanças ainda mais pontuais (ZANETI JÚNIOR, 2014).

Com notória influência cultural e ideológica do recente fenômeno da constitucionalização, a nova codificação processual inovou ao criar, ou ao menos tentar conceber, novos critérios que fortaleçam os padrões decisórios. Dentre as diretrizes inseridas, as principais podem ser assim classificadas: (i) conjunto de princípios que delimita a discricionariedade jurisdicional e exige a fundamentação adequada; (ii) ordenação de padrões para dar uniformidade, integridade e coerência às decisões judiciais; e (iii) abertura dialógica e fortalecimento das formas de constrangimentos processuais à jurisdição (GOUVEIA, 2016, p. 169-198).

No primeiro bloco de inovações trazidas pelo novel código processual, está a sistematização de um regimento principiológico, contido nos artigos 5º a 11, e distribuído de modo esparso em outros momentos, o qual reflete uma ideologia processual de quebramento da autoridade jurisdicional, contida em códigos anteriores como o CPC de 1939 e o CPC de 1973, para tracejar uma autoridade hermenêutica do processo, vislumbrada pelo atual código.

Com efeito, dentre os princípios que marcam esse traço, encontram-se: a fixação de parâmetros éticos e cooperativos a serem observados por todos os sujeitos no âmbito processual (arts. 5º e 6º); o reconhecimento do contraditório como um valor fonte e requisito de validade para todos os atos decisórios do processo (arts. 6º; 7º; 8º; 9º e 10º), inclusive vedando decisões surpresas; bem como a exigência e a necessidade de fundamentação em todos os provimentos jurisdicionais (art. 11 e art. 489, inciso II e §1º e seus incisos) (GOUVEIA, 2016, p. 169–198).

No segundo bloco de inovações, encontra-se a tentativa de ordenar um modelo de precedentes por meio do fortalecimento do direito jurisprudencial e a desconstrução de uma inautêntica discricionariedade marcada pelo falido instituto do livre convencimento (arts. 489; 926 e 927). Nessa temática, houve uma aproximação ideológica da filosofia moral de Dworkin em transformar a aplicação do Direito em algo uniforme, íntegro e coerente (TRINDADE, 2015). Por fim, o terceiro bloco de inovações trouxe um significativo aumento de participação dos atores processuais em territórios que antes se concentravam exclusivamente nas mãos da jurisdição, e, nessa compreensão, as normas processuais estão desenhadas de maneira a favorecer o diálogo, o que fortalece o processo e dá protagonismo às partes (arts. 4º; 7º; 9º 138; 139 e 489) (GOUVEIA, 2016, p. 169–198).

Portanto, tais exigências demarcam as inovações epistemológicas do Código de Processo no sentido de fortalecer a argumentação em detrimento da autoridade, apesar de que, no art. 203 e seus parágrafos do mesmo Código, as decisões são resumidas a atos da jurisdição. Esta acepção diverge do garantismo processual enquanto modelo normativo que visa minimizar a autoridade e maximizar a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante o Estado, criando um sistema de vínculos, impostos à função decisória da jurisdição, e, de modo reflexo, direcioná-la para os fins do Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Diante desse contexto, os juízes devem ampliar seu dever de imersão no processo, no mapeamento da verdade e na busca de decisões justas, bem como se abastecer de elementos integrativos do ordenamento como a legalidade, as provas e a jurisprudência para delimitar sua atuação. Assim, a opção de garantir ao processo constrangimentos à autoridade jurisdicional decisória designa maior espaço para a participação dos demais atores, não diminuindo a importância do Estado/juiz, mas garantindo que a autoridade hermenêutica do processo seja mais ávida do que a autoridade da jurisdição. L. Ferrajoli (2002, p. 33), no trecho, a seguir, sintetiza o papel dos juízes em um ambiente processual garantista.

O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em consequência, na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle. Distinguirei estes espaços - que em seu conjunto formam o poder judicial e que ilustrei analiticamente no capítulo terceiro - em quatro tipos: o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão equitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política.

Portanto, a função-dever dos juízes assemelha-se muito mais a uma atividade de coordenação e direção do que a atos autoritários. Nesse entendimento, o papel dos magistrados em um Estado garantista consiste em (re)construir interpretações diante de eloquentes critérios, tais como: a especificidade da causa; a legalidade; o sopesamento das provas, não pelo livre convencimento, mas pela composição processual; assim como, a participação das partes com efetiva garantia de influência.

Feito este diagnóstico crítico, verifica-se que o processo tem caminhado para se tornar protagonista na trilogia estrutural do processo, ampliando a participação equilibrada dos sujeitos processuais, acrescentando sistemas em torno da decisão, como a deferência às provas, a valorização da jurisprudência, o respeito à legalidade, e o aumento do prisma discursivo no processo decisório. Entretanto, é curioso perceber que, mesmo a evolução do processo tendo significativas transformações em seus signos e até em seus significados ao longo do aperfeiçoamento do Direito, a decisão judicial subsistiu estática, ou seja, observada única e exclusivamente como pronunciamento de uma autoridade.

Por consequência, além de a decisão se reduzir a menor unidade dentro do processo (um ato), esta também se concentra restritiva e exclusivamente à autoridade da jurisdição. Nesse sentido, a decisão judicial, dos modelos jurídicos dos povos antigos até as dinâmicas e complexas sociedades contemporâneas, sobrevive como um ato de autoridade em que a manifestação da jurisdição é a própria resolução do processo. Da mesma forma, quanto à estrutura e aos efeitos da sentença judicial, conjuntamente com os demais provimentos jurisdicionais, estes, pouco se modificaram ao longo dos anos, percorrendo o caminho evolutivo que se orientou para o sentido do racionalismo e do método, todavia, sem procurar se adequar à realidade e se adaptar às mudanças ideológicas do processo e à revolução hermenêutica do direito.

2.2.1 Teoria dos atos processuais e a decisão judicial

Conforme exposto, a teoria do processo concebe a decisão judicial como o ato que põe fim a determinado módulo processual (conhecimento ou execução). Porém, diante da policontextualidade do papel dos juízes no Estado garantista, da essencialidade do direito ser pensado dentro da dimensão hermenêutica, e, principalmente, da ascensão do direito processual como palco para a emancipação dos sujeitos pelo acesso à justiça, é imprescindível projetar a decisão jurídica sobre a teoria dos fatos (atos) jurídico-processuais para (re)construir esse signo sobre as vestes adequadas ao tempo presente.

Destarte, existem várias concepções sobre os atos (fatos) jurídicos (processuais ou não), contudo, para a investigação proposta não é necessário descortinar todas as teorias ou realizar o inventário de cada uma das classificações existentes, mas, sim, voltar-se para a crítica de conceber a decisão jurídica como ato, já que, em todas as propostas sobre esta temática, a concepção de ato processual, por mais que apresente certa dissonância, tem um desenho estrutural em comum. Nesse sentido, para o prosseguimento do estudo, adota-se a tese de Fredie Didier Júnior e Paulo Henrique Pedrosa Nogueira, pois, tais autores abordaram o tema a partir das nuances do direito contemporâneo sem desconsiderar as contribuições históricas de autores que se debruçaram de modo adequado sobre o assunto, dentre os principais, destacam-se: Pontes de Miranda, Elio Fazzalari, Enrico Tulio Liebman, Francesco Carnelutti, Guisepppe Chiovenda, James Goldschmidt, José Joaquim Calmon de Passos, Lourival Vilanova, Marcos Bernardes de Mello, os quais foram determinantes para redesenhar a teoria geral do fato jurídico consentânea ao direito processual (DIDIER JÚNIOR; NOGUEIRA, 2013).

Em primeiro plano, é necessário conceituar o cânone da teoria geral do fato para posteriormente justapor tal estrutura à teoria do processo, definindo os conceitos fundamentais que regem os fatos (atos) jurídico-processuais, quais sejam: fatos jurídico-processuais; atos jurídico-processuais; situações e relações jurídico-processuais; negócios jurídicos processuais, e, por fim, ato jurídico-processual complexo.

Fatos jurídicos são acontecimentos do mundo da vida, aptos a produzir efeitos no âmbito do Direito, são considerados relevantes porque têm a incidência de uma ou várias normas que lhe atribuem juridicidade. Na mesma convergência de pensamento, Pedro H. P.

Nogueira (2010, p. 749) sintetiza a concepção do que seja o fato jurídico.

O fato jurídico é resultado da incidência, que, por sua vez, pressupõe a realização, no plano da experiência, dos fatos abstratamente previstos na hipótese normativa (suporte fático). Como pontifica Lourival Vilanova, o fato somente é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu pela relação de causalidade jurídica. Apenas desse modo ocorre a juridicização do fático; os fatos, à medida que são valorados pela comunidade, são postos na hipótese normativa para sempre quando ocorrerem resultarem conseqüências.

Ao transportar o núcleo conceitual da teoria dos fatos (atos) jurídico para o direito processual, apesar de algum contraste, a premissa que condiciona a incidência da norma ao fato para integrá-lo ao universo jurídico continua sendo a principal diretriz, no entanto, para o contexto processual, o fato existe desde que esteja relacionado ou interligado a algum processo. Nesse sentido, F. Didier Júnior (2015a, p. 373–374) define os fatos jurídico-processuais, conforme o trecho, a seguir:

O fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro. Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento), mas há fatos jurídicos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados ou se refiram a procedimento futuro.

Já em relação aos atos jurídico-processuais, o mesmo autor indica que estes são espécies de fatos os quais consistem em manifestações humanas praticadas no processo ou que incidem efeitos sobre ele, mas que, de certa forma, pertencem a alguma relação processual ou a algum processo. Segundo F. Didier Jr. (2015, p. 374):

Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A "sede" do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual. [...] Assim, ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro.

Nesse sentido, o ato jurídico processual é a ação humana que produz efeitos no processo, entretanto, esses efeitos não exigem dimensão temporal ou espacial, isto é, tais atos podem ocorrer em lugar diverso, ou em tempo diferente do processo, embora, em todos estes casos, haja a incidência de alguma norma e conseqüentemente existam efeitos deste ato em alguma relação processual.

Registradas tais considerações sobre atos e fatos jurídico-processuais, o conjunto desses conceitos, tomados como a menor unidade dentro do processo, formam as relações, as situações e os atos complexos processuais. Dentro dessa estrutura orgânica, as relações jurídico-processuais estão inseridas em determinada categoria de situações jurídico-

processuais, isto é, a situação é gênero do qual a relação é espécie. Assim, as situações jurídicas processuais são quaisquer efeitos dos fatos processuais, ou seja, são categorias eficaciais que ocorrem no processo ou que nele interferem. Por outro lado, as relações processuais são vínculos entre duas ou várias pessoas, desenvolvidas em torno de interesses individuais, coletivos, coincidentes ou divergentes, que são desenvolvidos no curso processual, modificando-se durante o processo, ou sendo afetados por seu resultado (DIDIER JÚNIOR; NOGUEIRA, 2013).

Já no que se refere aos negócios jurídicos processuais, estes são classificados como subcategoria das relações jurídicas processuais, pois fixam uma série de vínculos com efeitos em um processo presente ou futuro, embora possuam um traço determinante que os diferencia da relação jurídica processual *lato sensu*: o autorregramento da vontade como condição de existência e também para caracterizar a relação negocial desenvolvida entre as partes antes ou durante o processo, em que o sujeito manifesta vontade, visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas. Do mesmo modo, têm-se os atos jurídicos complexos, cujo suporte fático é composto por atos condicionantes e pelo ato final responsável por sua caracterização, pela definição de sua natureza e que lhe dá denominação, daí a definição de ato-complexo de formação sucessiva, pois são vários atos que vão confeccionando o ato maior, em uma formação consecutiva interligada, ou seja, é um conjunto de atos jurídicos (NOGUEIRA, 2011).

Diante dessa estruturação conceitual da teoria dos atos sobreposta ao processo, torna-se necessário compreender a decisão judicial a partir desse fenômeno. Os diversos provimentos jurisdicionais no âmbito processual podem ocupar diversos papéis na teoria do fato jurídico. As decisões interlocutórias e as decisões finais, apesar de serem concebidas como atos, em determinado momento processual, podem ser observadas como fatos. Esta percepção pode acontecer diante do mesmo processo que as concebeu, em outros processos, ou até mesmo incorporando-se ao direito jurisprudencial, servindo de paradigma para diversos processos futuros. Portanto, houve uma modificação no modo de ser dos provimentos jurisdicionais. Nessa linha de pensamento, F. Didier Jr. (2015b, p. 389) reconhece que a decisão tem esse comportamento dinâmico que extrapola a mera concepção de ato e atinge uma feição externa como fato. Sobre o tema, o autor esclarece que:

A decisão, nesse caso, é tratada como se fosse um fato, cujos efeitos independem da vontade, e não um ato voluntário, cujos efeitos jurídicos são determinados pela vontade de quem os pratica. É pois, encarada como um ato-fato: ato humano tratado pelo direito como se fosse um fato.

A primeira consideração crítica a ser pontuada sobre a decisão concebida como ato exsurge da atitude volitiva que compõe os provimentos judiciais. Em alguns casos, tais provimentos detêm apenas a manifestação de vontade, desprovidos de elementos objetivos, depositando uma desproporcional confiança à consciência do intérprete. Como exemplo, podem ser mencionadas as decisões que indeferem a petição inicial, a emenda à inicial, a improcedência liminar do pedido, isto é, tais tipos de decisões possuem um conjunto de elementos objetivos e uma facticidade tão elementar (trivial) que diminuem a discricionariedade jurisdicional, contudo, as decisões finais, ou as sentenças, têm um caráter excepcional, justamente, porque, além de demarcar a conclusão do processo, são dotadas de poucos componentes objetivos e uma significativa densidade fática.

Por conseguinte, diante da profundidade e da abrangência decisória das sentenças, existe uma grande margem de discricionariedade, embora sem constrangimentos processuais objetivos que delimitem tal poder-autoridade. Assim, balizas como o contraditório, a fundamentação, a tradição (jurisprudência e legalidade) e a deferência às provas, previamente discutidas na relação processual, aproximam-se mais de conceitos interpretativos e argumentativos do que propriamente de limites objetivos. Desse modo, todos estes princípios que compõem os provimentos jurisdicionais finais os convertem em uma estrutura complexa, possibilitando distinguí-los dos atos.

Por outro ponto de vista, as decisões judiciais podem ser pensadas como negócios jurídicos processuais, inseridas como conjunto de relações e de situações jurídicas processuais. Nesse entendimento, segundo preleciona Paulo H. P. Nogueira (2011, p. 190), os negócios representam o ato de exercício de direitos subjetivos, ligado à esfera da liberdade privada, enquanto os provimentos são manifestações na esfera de uma autoridade. Portanto, é admissível pensar as decisões judiciais como negócios jurídicos processuais, todavia, o mesmo autor ressalta alguns contrapontos, dentre os quais, destaca-se a posição de Fazzalari (1996), que apresenta um traço para distinguir ambos, a imperatividade e a autoexecutoriedade das decisões judiciais, ausente nos negócios processuais.

No entanto, Nogueira (2011, p. 191) argumenta que: "[...] nos negócios, convencionou-se denominar esse poder de “autonomia privada” ou “autorregramento da vontade”; nos provimentos, o poder corresponde à “discricionariedade””. Assim, mesmo diante do dissenso sobre esta acepção, os autores que se debruçam sobre esta temática admitem que as decisões judiciais têm, sim, um caráter negocial. Nessa linha, Elio Fazzalari e

Antônio Palermo, conforme observa Nogueira (2011, p. 192-195), reconhecem esta possibilidade. A título ilustrativo, apresenta-se a palavra do autor sobre o assunto:

Os atos processuais praticados pelo juiz, nas situações exemplificativas acima, constituem exercício não somente do poder jurisdicional, mas do poder de autorregramento da vontade, sendo-lhe outorgada pelo sistema a faculdade de escolha de determinadas categorias e de determinadas situações jurídicas processuais. Por isso, apresentam-se como autênticos negócios jurídicos processuais judiciais.

Entretanto, para efeitos da proposta deste estudo, por ora, não cabe aprofundar o seguinte: se as decisões judiciais são em sua totalidade um negócio jurídico processual, ou apenas em parte. O essencial a ser ressaltado é a crítica que se faz em relação ao fato de a decisão judicial ser concebida simplesmente como ato jurídico. Conseqüentemente, em momento oportuno serão utilizados os argumentos da discussão para definir e conceituar a decisão jurídica dentro do modelo proposto.

No entanto, ainda é necessário descortinar a possibilidade de conceber a decisão jurídica como ato complexo de formação sucessiva. Pois bem, a decisão deixou de ser apenas norma individualizada e passou a ser fusão de horizontes das possibilidades criativas do Direito, constituindo, modificando ou transformando situações e relações jurídicas. A ascensão do direito processual elevou o processo para além da concepção de ato jurídico complexo, ampliando seu papel, tanto na dimensão interna (trilogia estrutural do processo) quanto na dimensão externa (o processo na teoria do direito). Em consequência, os conceitos que integram o processo também ganharam espaço, principalmente a decisão jurídica.

Dessa forma, o processo deixou de ser aglomeração de atos, para se tornar fases coordenadas que têm por finalidade a produção de uma decisão judicial, no entanto, a decisão não é o ato final do processo, é preciso desenvolvê-la em estágios, como montagem e edição, sempre garantindo a participação dialógica dos envolvidos. Com efeito, a decisão judicial extrapola o conceito de ato e torna-se um processo decisório de aglutinação de diversos atos dentro do processo (contraditório, fundamentação, provas). Nesse contexto, pode-se admitir a decisão judicial como ato jurídico complexo de formação sucessiva, que consiste em um conjunto de atos que vão pouco a pouco dando forma ao ato maior (DIDIER JÚNIOR, 2012).

2.2.2 Topografia dos efeitos, dos elementos e do conteúdo da decisão judicial

Topografia, etimologicamente, significa descrever um lugar em sua delimitação exata

e pormenorizada, considerando o terreno que o contempla. Nesta acepção, para determinar o sítio processual das decisões judiciais, é imprescindível examinar a posição geográfica de seus efeitos, elementos e conteúdos no mapa orgânico do processo. Por conseguinte, revisitar a composição da decisão, como soma dessas partes, é o caminho que demonstra a incompatibilidade entre a prática cotidiana e a dimensão que o instituto alcançou perante o Direito. A intencionalidade da investigação repousa no aspecto de formação dos provimentos judiciais, justamente por isso, em certa medida, é necessário observar os efeitos dessas condições interligadas ao seu modo de ser dentro da trilogia estrutural do processo.

Dentro dessa perspectiva, é importante perceber que os papéis dos conceitos fundamentais do processo se transformaram consideravelmente no início deste século. Em termos da jurisdição, esta deixou de ser substitutiva à vontade das partes e passou a ser criativa, com participação dos envolvidos, de outro modo, a ação ultrapassou a barreira de mero pedido, e atualmente constitui uma habilitação e um conjunto de situações jurídicas (direitos subjetivos e potestativos) que dão aos cidadãos o acesso à justiça e o direito de participar de sua construção. Por último, no que se refere ao processo, este sofreu mutações que o elevaram ao nível de linguagem de criação/interpretação do direito, além de ser o palco de desenvolvimento da igualdade e da liberdade dos indivíduos perante o Estado. Com efeito, o provimento jurisdicional dentro desse contexto também se modificou quanto aos seus efeitos, ao seu conteúdo e aos seus elementos.

O primeiro passo desse percurso investigativo, portanto, passa a ser os elementos que compõem os provimentos jurisdicionais, sejam decisões interlocutórias ou decisões finais (sentenças). De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo, 489, incisos, I, II e III, os elementos essenciais da sentença, que se aplicam a quaisquer provimentos decisórios, são o relatório, a fundamentação e o dispositivo. No entanto, tal modelo possui diversas imprecisões e inadequações à realidade.

Ao olhar para estes três elementos em sincronia com a trilogia estrutural do processo na pós-modernidade (contemporaneidade) ficam claras algumas incompatibilidades. No relatório, o julgador relata os acontecimentos ocorridos, antes e durante a relação processual, na intenção de demonstrar que é conhecedor dos fatos que compõem determinado processo, contudo, o peso fático das relações sociais requer que estas sejam observadas por outro referencial, imerso ao direito, bem como a jurisdição deve estar imersa ao processo, em todo o seu curso. No mesmo sentido, a fundamentação passou de justificativa dos atos da jurisdição para se tornar o núcleo da decisão e o rastro que permite sua controlabilidade diante dos

demais sujeitos. Ao longo do tempo, a fundamentação tem se tornado um ponto de escoamento da autoridade jurisdicional. Todavia, este instituto ganhou lugar epistemológico na ciência processual, pois irradia efeitos em outras decisões na forma de precedentes judiciais e vincula a parte dispositiva ao seu conteúdo. Porém, com a elevação do contraditório a valor fonte do processo e garantia de participação dos atores processuais, a fundamentação isolada do processo, como algo subjetivo da jurisdição compromete a feição dialógica de todo o processo e torna-se fuga epistemológica para decisionismos (ZANETI, 2014).

Dessa forma, o novo código processual, no artigo 489, em seus parágrafos, fixa uma série de constrangimentos processuais que delimitam e direcionam a fundamentação com o intuito de evitar que esta se torne artifício subjetivo de justificar escolhas, para se tornar conjunto de critérios contextualizados no, e pelo processo. Em momento posterior, este assunto terá o devido destaque, por ora, fica a ressalva do seu formato e seu isolamento do contraditório e dos demais constrangimentos processuais.

A parte dispositiva que, em tese, foi concebida para ser a conclusão do provimento decisório e a resposta ao pedido, atualmente, é o extrato que concretiza um preceito normativo, é um pressuposto (condição de existência), logo, sem a parte dispositiva não há decisão (DIDIER JÚNIO, 2015b, p. 420-425). No entanto, a parte dispositiva corrobora a concepção de que o ato decisional é a decisão em si, e que encerra o processo. Neste ponto, situa-se uma imprecisão que merece crítica, haja vista que a decisão carece ter uma dimensão maior dentro do processo, com a garantia de participação de todos os atores, e não apenas da jurisdição. Noutro ponto, verifica-se que a parte dispositiva é a responsável por fazer a coisa julgada, todavia, diante da complexidade fática que as decisões se propõem a resolver, desenvolvem-se proposições no sentido de ampliar a relativização da coisa julgada em detrimento da autoridade e soberania jurisdicional, para privilegiar fatos novos que incidem na situação jurídica em discussão processual, aqui, claramente é fácil observar um efeito do formalismo-valorativo, o qual coloca o processo no epicentro da trilogia estruturante do direito processual, no lugar que antes era ocupado pela jurisdição nos tempos de instrumentalismo (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

Outra grande inovação que compromete a localização dos elementos da decisão é o conceito de decisão estruturante que, em certa medida, coloca em xeque o formato clássico do dispositivo das sentenças, bem como de seu conteúdo e de seus efeitos. Nesse entendimento, os provimentos conhecidos como decisões estruturais apresentam a parte dispositiva em

forma de programação que adentra na parte executiva das sentenças, assim, estas detêm uma perspectiva futura de garantir a eficácia decisional, adequando a resolução do processo à realidade por meio de uma decisão diferida no tempo, o que, mais uma vez, consagra o fortalecimento processual em relação à autoridade jurisdicional. Tal modelo decisório incide até mesmo na esfera de separação dos poderes, criando uma situação de execução compartilhada e fiscalizada de políticas públicas, preservando os interesses dos atores envolvidos sem criar situações de vencedores e perdedores (ARENHART, 2013).

Ancorado a este paradigma, chega-se à análise dos efeitos da decisão judicial na trilogia estruturante do processo e, de acordo com dessa premissa, os efeitos da decisão se distinguem do seu conteúdo, pois, segundo Barbosa Moreira (1989, p.177), conteúdo é aquilo que integra o ato, porém, não resulta dele; já os efeitos são aquilo que dele resulta e não o integra. Com essa definição em mãos, os efeitos dos provimentos judiciais podem ser divididos em eficácia principal, que impõe uma resolução ao processo, e uma eficácia reflexa, que consiste em interligar todas as decisões, considerando que a realidade possui múltiplas interferências. Nessa perspectiva, conforme aduz Carnelutti (2004), os efeitos da decisão podem irradiar resultados em situações jurídicas diversas, desta forma, podem ser vistas como provas diante da sua qualidade de documento público e célula que integra o corpo orgânico do direito jurisprudencial.

Nesse sentido, o desenho processual dos efeitos dos provimentos judiciais coloca o processo como filtro responsável por fazer a norma transpor o texto e conquistar novos sentidos de acordo com a especificidade de cada caso concreto, respeitando o direito constituído, qualificando o processo ao *status* de linguagem, isto é, como um sistema complexo de comunicação, de evolução e de aplicação do direito em constante contato (choque) com a realidade.

Por fim, em última análise, tem-se o conteúdo das decisões judiciais, que são as consequências diretas e a materialização do seu processo de formação. Nessa acepção, os provimentos normativos detêm a prerrogativa de dar solução a casos concretos que se desviam ou não têm correspondência unívoca com a norma, normas estas, que cada vez mais ganham *status* de diretriz abstrata ou cláusula geral, com efeito, o processo é responsável por esta tarefa na qual a jurisdição tem o dever de participar ativamente sem se sobrepor às partes simplesmente pela autoridade.

Entretanto, a concepção teórica atual deixa escapar um número significativo de situações não contempladas pela estrutura clássica de decisões condenatórias, constitutivas e

declaratórias. Em um pequeno parêntese, ressalta-se que este estudo perfilha a teoria trinária quanto à tutela pleiteada justamente por entender que o conteúdo da decisão tem correspondência direta com ação que materializa os direitos e o modo de tutelá-lo, adotando o posicionamento de diversos processualistas, como Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, entre outros. Diante disso, a decisão que emite um juízo de declaração acerca de uma relação jurídica e apenas afirma a vontade da lei advém de uma ação que contém esse propósito; do mesmo modo, a decisão que impõe ao réu uma prestação cujo descumprimento implica a utilização da força consiste em uma decisão condenatória que advém de uma ação com tal desígnio de pleitear uma tutela de obrigação de fazer, não fazer ou entregar algo. Por fim, aquela decisão que cria, extingue ou modifica relações e situações jurídicas são sentenças constitutivas e advém de ações que pleiteiam esta destinação (MIRANDA, 1954).

Nesse entendimento exposto, refuta-se a tese quinária do conteúdo das sentenças, pois, além das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, existem autores, como Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que defendem mais dois tipos de conteúdos das sentenças: mandamentais e executórias *lato sensu*. As mandamentais, que criam um mandamento impositivo para ser cumprido, resumem-se à tutela de fazer, não fazer ou entregar, ou seja, estão contidas nas decisões condenatórias; já as sentenças executórias *lato sensu*, que são provimentos que incidem diretamente na esfera patrimonial do réu também são uma subespécie das sentenças condenatórias, pois a pretensão que as origina consiste em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer (MIRANDA, 1954).

No entanto, o cenário atual é mais complexo na oferta de situações a serem resolvidas no âmbito processual. Em um mesmo processo, buscam-se provimentos condenatórios, declaratórios, constitutivos, ou mesmo diversos; daí exsurtem as sentenças determinativas. Tais provimentos coadunam com a realidade do direito legislado contemporâneo das cláusulas abertas em que o julgador preenche os sentidos da norma com certa discricionariedade. Contudo, o mais adequado seria que o processo fosse mais robusto em delimitar esta criação, pois quanto maior a liberdade criativa do juiz perante o direito, menor deve ser seu espaço processual de decidir, ou seja, os constrangimentos processuais devem circunscrever todos os atos do juiz, revestindo-os de contraditório forte, sopesamento jurisprudencial e discussão processual com deferências às provas.

Nesse panorama, é nítido e contrastante que o modelo decisório processual está em desequilíbrio com o que se propõe a trilogia estrutural do processo na contemporaneidade. A

rotação conceitual que redefiniu os espaços da ação, da jurisdição e do processo clamam por um sítio adequado para a decisão judicial e suas partes (efeitos, conteúdo e elementos), sob pena de ruir toda a edificação processual, ou desequilibrar a balança epistemológica, dando maior importância a jurisdição do que o processo em si, o que vai em desencontro com a realidade do Direito na Era do pós-positivismo hermenêutico, a qual consiste em um Direito que existe como ordem normativa, mas que necessita de uma interpretação que o questione em todas as esferas (TESHEINER, 1993) (SALDANHA, 1992) (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016).

3 A NECESSÁRIA (RE)CLASSIFICAÇÃO DA DECISÃO NA TRILOGIA ESTRUTURANTE DO DIREITO PROCESSUAL: por uma nova feição das decisões judiciais como construção argumentativa

As colisões entre o Direito e a realidade social, quando harmônicas produzem pacificação e manutenção da ordem, contudo, quando existem assimetrias, o caminho para a resolução de tais divergências ocorre no, e pelo processo, o que torna esse instituto não apenas um mero meio/instrumento, mas o modo de (re)construção permanentemente do direito e o palco principal da interpretação jurídica moderado pela realidade, entretanto, os demais institutos do direito processual necessitam passar por significativas transformações estruturais, inclusive em sua essência ideológica.

A trilogia estrutural como foi concebida não consegue mais conformar a substância do processo, da mesma forma, o conceito de decisão não pode se resumir a um ato que encerra uma fase processual, concentrada exclusivamente na função jurisdicional, além disso, deve possuir uma conformação mais equilibrada em relação aos poderes decisórios no ambiente processual. Nesse caminho, o processo como trilha de ligação da ação à jurisdição cria a falsa ideia de soberania jurisdicional e deduz o significado do processo que diverge do seu poder atual perante o Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa linha argumentativa, vários autores admitem a reordenação do trinômio elementar do processo, contudo, falta um lugar epistemologicamente adequado para a decisão judicial. Nesse contexto, vale apontar o modo como a expansão do processo e o fortalecimento do direito de ação, como acesso à justiça e habilitação para influenciar na

criação das decisões judiciais, reduziram o espaço da jurisdição na trilogia fundamental do direito processual, de acordo o posicionamento de L. Guilherme Marinoni (2008, p. 541-543):

O esquema da relação jurídica processual – cuja figura central é a jurisdição –, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder. Ou seja, a abstração e neutralidade do conceito de relação jurídica processual é suficiente para esconder qualquer vontade estatal. Acontece que nenhum Estado é neutro. Ao contrário, todo Estado tem fins e projetos, que devem ser realizados a partir dos seus valores. Porém, esta obviedade era desconsiderada pelo conceito pandectístico de relação jurídica processual. [...] O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima. [...] Nessa linha, desloca-se o referencial de legitimidade do sujeito para o procedimento. A legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento que leva à edição da decisão é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder.

Portanto, o desenho da trilogia estruturante do direito processual necessita ser (re)pensado para garantir o devido protagonismo ao processo e uma substância democrática à decisão judicial. Para isto, é essencial seccionar o ato da jurisdição do provimento jurídico em si (decisão), tornando aquele parte deste, mas não observando-os como coisas iguais, pois, somente assim, garantir-se-á que os constrangimentos e as garantias processuais fundamentais exerçam influências na construção das decisões jurídicas, inclusive, ampliando a participação dos atores no, e pelo processo, em equilíbrio e paridade argumentativa com a autoridade jurisdicional. Assim, em sincronia com as ideias apresentadas, Walber de Moura Agra (2008, *apud* BASTOS, 2010, p. 78), sobre o tema, assinala o seguinte:

Assim, pode-se dizer que a representação mediante a adoção de “papéis” também funciona como uma válvula de escape para as contrariedades e ao mesmo tempo representa um importante elemento para o incremento da legitimidade das decisões judiciais. Através da participação no processo, os litigantes se tornam partícipes da decisão, vislumbrando a hipótese de direcioná-la para seus interesses. A participação no processo contribui para a formação de um sentimento de co-responsabilidade pela decisão judicial, afinal os postulantes igualmente foram artífices da sua construção. Portanto, a atuação dentro das perspectivas comportamentais e a adoção de “papéis” formam um mecanismo de imunização da sentença. Não obstante, essa influência na hora de prolatar as decisões deve ficar restrita às disposições normativas, evitando as injunções de caráter extra-sistêmico. O juiz ao prolatar a sua decisão não pode realizá-la sob o influxo de argumentos extrajurídicos, a isenção a estas interferências é uma condição institucionalizada para a autonomia do sistema, uma obrigação para a construção de uma decisão objetiva e imparcial, que garante a concretização do princípio isonômico.

Portanto, nesse sentido, é que a decisão jurídica não deve ficar adstrita apenas à jurisdição, mas, sim, deve ser trazida para o processo, com a autoridade julgadora imersa a este, cercada não só pelas regras jurídicas, mas também por regras processuais de construção compartilhada e reflexiva dos provimentos.

Em outro prisma de observação, o processo caminha para tornar-se a concretização dos direitos de igualdade e de liberdade do homem perante o Estado; a igualdade por meio do contraditório, reformulado como valor fonte do processo; e a liberdade, por meio do controle da autoridade jurisdicional com o fortalecimento do processo, tornando-o epicentro da trilogia estruturante do direito processual. Corroborando tal entendimento Dhenis C. Madeira (2010, p. 139) organiza tais pensamentos no seguinte trecho:

No modelo jurídico-democrático, não se pode conceber um espaço do soberano em que esse, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, veda a fiscalidade popular, olvidando-se, por conseguinte, que “a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide suas estruturas.”

Assim, a feição democrática e interpretativa do direito no pós-positivismo hermenêutico exige da trilogia estrutural do processo novo arranjo, bem como uma configuração da decisão jurídica que incorpore este paradigma. No entanto, diante dessa proeminência da atividade criativa do Direito e o do protagonismo do processo no exercício dessa atividade, o garantismo é fundamental no papel de distribuição proporcional dos poderes e na fixação de regras processuais de participação e interpretação, inclusive, nas decisões. Nessa linha, Ferrajoli (2002, p. 39) tece uma crítica ao distanciamento entre a decisão como autoridade e o processo como um saber:

De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal - como ademais toda atividade judicial - é um "saber-poder", quer dizer, uma combinação de conhecimento (veritas) e de decisão (auctoritas). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é "nulo"; na prática costuma ocorrer que nulo é o saber. Existe, além disso, um nexó indissolúvel entre o esquema epistemológico de tipo convencionalista e cognitivista e o sistema das garantias penais e processuais: no sentido de que os vínculos metodológicos, assegurados pelo primeiro à definição e à comprovação do desvio punível como condições de verdade, correspondem aos limites normativos impostos pelo segundo ao abuso potestativo, como condições de validade.

Portanto, segundo o jurista italiano, o garantismo, como conjunto de regras que distribui poderes e condições de atuações de todos os atores do Estado de Direito dentro do sistema normativo, exerce a função de impedir que a autoridade do julgador se desvencilhe do processo, exercendo uma diminuição do espaço da autoridade à menor fração possível e ampliando o saber processual, concebendo-o como sistema complexo de comunicação e palco da discussão argumentativa. Finalmente, a decisão judicial, diante dessas premissas, deve ser (re)classificada em lugar diverso da autoridade jurisdicional com o objetivo de reconhecer o protagonismo dos demais atores envolvidos e fortalecer o processo de aplicação-interpretação

do direito. Entretanto, para concretizar tal mudança, os conceitos fundamentais, processo, ação e jurisdição, também precisam ser revistos.

3.1 Teorias do processo vistas pelo referencial da decisão jurídica

A nova leitura do processo como categoria jurídica diversa, instituição ou entidade complexa de caráter cultural, normativo, epistemológico e hermenêutico, ou seja, policontextual, é uma das causas que permite descortinar a transformação conceitual das sentenças, abandonando sua **configuração** como atos autoritários para assumir a feição de construções argumentativas e compartilhadas entre todos os atores envolvidos. No entanto, a historicidade evolutiva do processo percorreu, desde a segunda metade do século XIX até o início do século XXI, várias elaborações, dentre as quais, as mais significativas no direito ocidental são: o processo como contrato (*litiscontestatio*); como quase-contrato, conforme Savigny, 1850; como relação jurídica, conforme Oskar Von Bülow, 1868; como situação jurídica, conforme James Goldschmidt, 1925 e como ato-jurídico complexo - procedimento em contraditório - conforme Elio Fazzalari, 1950 (DIDIER JÚNIOR, NOGUEIRA, 2013) (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 855-869) (NOGUEIRA, 2011).

Contudo, na atualidade, tais percepções não merecem prosperar, ou no mínimo são passíveis de críticas. As diagramações teórico-processuais clássicas não abarcam a complexidade contextual que o Direito impõe ao processo, e, de maneira reflexa, a complexidade que este impõe às partes e ao juiz no Estado Democrático de Direito. Diante disso, o processo tem assumido uma fisionomia que extrapola tais preceitos, entretanto, é possível encontrar elaborações menos conhecidas que se propõem a visualizar este instituto de maneira adequada à realidade vigente, dentre as quais, merecem ser observadas com mais atenção: (i) a noção de processo como entidade complexa, conforme Gaetano Foschini - e também por Cândido Rangel Dinamarco, embora em um sentido diverso – (ii) como categoria jurídica nova que extrapola o conceito de relação, situação ou ato complexo, conforme o jurista espanhol Ruan Monteiro Arouca, corrente que no Brasil é seguida por Afrânio Silva Jardim, e, por fim, (iii) como instituição jurídica, proposta por James Guasp, que, posteriormente, foi abandonada e substituída pela elaboração denominada teoria neo-institucionalista, propagada por Rosemiro Pereira Leal, que, apesar da nomenclatura, não apresenta conexão umbilical com a visão institucional de Guasp (GOUVEIA FILHO, 2008, p.

855-869) (LEAL, 2008, p. 905-916).

A concepção do processo como entidade complexa sistematizada por Foschini em 1948 é paralela à clássica concepção de processo como procedimento em contraditório, conforme Elio Fazzalari. No entanto, por não ter grande profusão entre os processualistas e por ser uma categorização abrangente, fato este que dificulta adaptações dos conceitos correlatos, manteve-se à margem das correntes predominantes. Porém, tal ordenação na contemporaneidade mostra-se relevante. Para esta elaboração teórica, o processo é uma conjunção de relações jurídicas, situações jurídicas e atos complexos, tal teoria, portanto, aglutina as demais propostas clássicas em uma combinação complexa e plural, admitindo faces do direito processual, como, por exemplo, a face normativa, cultural, epistemológica e hermenêutica (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 866).

Entretanto, a crítica à proposição de Foschini repousa na segmentação dos três conceitos: relação, situação e ato complexo, isto é, nesta elaboração, tais conceitos não se comunicam nem se complementam, o que dificulta qualquer tentativa de sistematizar o processo e seus conceitos. Vale lembrar ainda que as relações jurídicas são espécies das situações jurídicas, como categorias eficazes dos fatos jurídicos. Logo, a visão do processo que separa tais significados e os coloca em posições distantes, ignora tal fato ao formular a relação jurídica como a feição abstrata do processo, visto que a relação jurídica, assim como a situação jurídica, é uma eficácia de algum fato, portanto, afastada qualquer adoção abstrata (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 866).

No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco, propôs o conceito de Foschini, embora tenha lhe dado um sentido diverso. Para o renomado processualista brasileiro, o processo pode ser observado como uma entidade jurídica complexa na tentativa de resolver as incompletudes da teoria relacional e da teoria procedimental. Nesse sentido, para Dinamarco, a fração da teoria relacional que desconsidera o procedimento (regras formais) é aperfeiçoada pela teoria de processo como procedimento em contraditório (ato jurídico complexo), da mesma forma, a parcela da teoria procedimental que ignora a relação jurídica desenvolvida entre os atores processuais no curso do procedimento é incrementada pela teoria do processo desenvolvido como relação jurídica (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 866-867).

Portanto, segundo Dinamarco (2002, p. 128-129), a descrição do fenômeno jurídico processual como entidade complexa que se define como procedimento em contraditório animado pela relação jurídico-processual é uma depuração da teoria proposta por Foschini, e, notadamente, é uma axiomatização mais sofisticada e próxima aos rumos do processo na

contemporaneidade, o qual se mostra como uma entidade plural que reúne em um mesmo espaço aspectos normativos, culturais, epistemológicos e hermenêuticos (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 866-867).

Já em relação ao processo como categoria jurídica nova, esta conceituação admite que o processo, na atualidade, não se enquadra em quaisquer das categorias em que já fora posto, seja como relação jurídica, como situação jurídica ou como ato complexo. Para tal corrente, o fenômeno processual na contemporaneidade já esgotou epistemologicamente todas as concepções nas quais já fora inserido e se encontra em um patamar que exige uma ontologia própria para ser descrito adequadamente aos seus sentidos e aos seus signos. Esta acepção tem como grande expoente o processualista espanhol Juan Montero Arouca e no Brasil, Afrânio Silva Jardim. (GOUVEIA FILHO, 2008, p. 868).

No tocante à teoria do processo como instituição, procurou-se abastecer no conceito que considera este termo proveniente das ciências sociais, assim sendo, atribuiu-se ao processo a natureza jurídica de instituição. Neste entendimento, propagado por James Guasp, o processo é a instituição que garante a ordem social, ou seja, em casos de conflitos o processo é o modo de agir para todos os seres (cidadãos) e os entes (entidades e instituições). Todavia, a crítica que se faz a esta visão consiste na abrangência que o conceito de instituição carrega consigo, o que dificulta o particionamento do processo em conceitos menores e deixa certa elasticidade conceitual, gerando imprecisões perante problemas operacionais da ordem normativa desse instituto (LEAL, 2008, p. 905-916).

Já a visão neo-institucionalista do processo preconiza que, diante da autonomia conquistada pela constitucionalização do Estado, este tende a ser uma garantia de igualdade institucional entre o Estado e os cidadãos. Portanto, nessa acepção, o processo detém a prerrogativa de assegurar o exercício de direitos. Assim, nesse argumento neo-institucionalista, a crítica que se faz está fundamentada na fragilidade que esta visão destina às formas de constrangimento do poder pelo saber (a autoridade submetida ao processo), criando um ambiente processual que prioriza a participação e a criação, mas sem desenhar limites estruturais fortes, isto é, valoriza-se a igualdade de condições dos atores, mas não fixa fronteiras para seu exercício de liberdade (LEAL, 2005).

Feita essa incursão, é nítido, portanto, que existe uma incompletude conceitual do processo diante das categorias jurídicas que se apresentam na era contemporânea. Consequentemente, a decisão jurídica é um dos grandes motes que impulsionaram o processo a romper sua ordenação clássica, ou seja, as finalidades do processo, concretizadas pelas

decisões, sofreram uma verdadeira revolução no que se refere a seus sentidos, todavia, sem estabelecer vínculos de constrangimentos com o processo, isto é, as decisões se desenvolveram sob o eixo da jurisdição, distanciando-se do eixo processual. Perante este contexto, a capacidade criativa, autopoietica ou heteropoietica, desenvolvida no meio processual, reivindica uma maior robustez do processo, no sentido de fortalecer e emancipar este instituto, contudo, sem enrijecer as formas de desenvolvê-lo por meio da participação dos atores processuais no constrangimento a quaisquer tipos de autoridade. Desse modo, ao projetar o processo como um saber que se sobrepõe a qualquer tipo de desvio subjetivo ou autoritário, o poder da jurisdição fica subordinado ao conhecimento do processo dando a este um maior controle sobre aquele.

Seguindo esta ideologia de pensamento, Antônio Adonias Aguiar Bastos (2010, p. 80) faz uma breve incursão sobre o processo como elemento integrativo do direito litigioso e aduz premissas interessantes, conforme o seguinte trecho:

Se, de um lado, o processo não é um fim em si mesmo, devendo estar apto à aplicação do direito objetivo, propiciando a solução de conflitos conforme as previsões normativas abstratas; de outro lado, não podemos concebê-lo como uma simples aplicação do direito objetivo (quicá do direito material), como se não integrasse o próprio direito em litígio. Não se pode esquecer que a cognição judicial forma-se pelo processo e no processo, com todas as limitações e contingências que lhe são ínsitas. As regras de direito objetivo existentes no ordenamento jurídico são gerais e abstratas. Seria ingenuidade acreditar que o juiz simplesmente utiliza o processo como um método para verificar se tais normas incidem sobre um dado caso concreto (circunstâncias fáticas), dizendo o direito, que já seria pré-existente ao momento processual, com se estivesse “entificado”, como se fosse uma coisa dada por si mesma. A concepção de que, numa situação de conflito, determinado direito já existe previamente, adota-se a epistemologia metodológica, pela qual o processo nada mais é do que um meio para sua aplicação, isto é, para dizê-lo, sem produzi-lo ou modificá-lo. Vale dizer: o método seria o meio de alcançar a “objetivação” do que se quer conhecer. No caso do processo judicial, o método estaria a serviço da apreensão da verdade dos fatos e da aplicação da solução jurídica, como se existisse a verdade e a solução jurídica previamente postas, pressupondo uma única solução correta. Pode surgir aí um perigoso discurso em que se traveste o exercício do poder de um caráter meramente técnico, de simples manutenção e que isenta a responsabilidade dos aplicadores.

Nessa perspectiva, José Joaquim Calmon Passos (1999, p.68), citado por Bastos (2010, p. 81), preleciona um conceito de processo que converge para uma concepção mais alinhada ao arquétipo garantista que se encaixa nas ambições do Estado Democrático de Direito.

Se o Direito é apenas depois de produzido, o produzir tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio dizer o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito. O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser

do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.

Diante de tais premissas, pode-se dizer que existe uma incompletude conceitual da teoria do processo, no que diz respeito à acomodação de seus conceitos, principalmente, a decisão jurídica. Nessa realidade que se mostra, ocorre uma revolução copernicana dos eixos da trilogia estruturante do processo, ou seja, a decisão judicial se tornou maior do que a própria jurisdição, não só por causa do evolução do Estado Democrático de Direito, mas também por causa da (re)evolução hermenêutica (virada linguística) que consagra a artificialidade do direito e sua capacidade de reprodução pós processo legislativo perante a colisão com a realidade.

Contudo, não é a autoridade da jurisdição a mais indicada para exercer essa função, mas, sim, o processo, por meio da autoridade hermenêutica, é que detém os atributos para desempenhar esta tarefa, trocando sua feição vertebral (procedimento) por uma aparência fluida (linguagem) que ordena os demais institutos: a jurisdição, a ação e a decisão. Para tal, é igualmente importante olhar de modo detido para a decisão jurídica perante as teorias da ação e da jurisdição.

3.1.1 Teorias da ação e a decisão judicial

Ao se debruçar sobre o conceito de ação na teoria do processo, a primeira observação necessária é a separação entre direito de ação (situação jurídica) e a ação propriamente dita, como ato inaugural do processo (ato jurídico). Entretanto, a posição e a sistematização deste conceito na trilogia estruturante do direito processual e, conseqüentemente, sua interferência no processo decisório e na decisão em si, vêm ganhando considerável destaque o qual exige uma parametrização consentânea à realidade do Direito. Em que pese a importância histórica da evolução do tema, a digressão aqui proposta não pretende adentrar profundamente nas teorias clássicas da ação, mas, sim, revisitar suas essências para iluminar o caminho atual e futuro desse instituto (DIDIER JÚNIOR, 2012).

Estabelecida esta premissa introdutória, a primeira nota a se fazer é a respeito da divisão entre teorias unitárias (monistas) ou dualistas. As teorias monistas colocam a ação apenas no plano do direito material, ou apenas no plano do direito processual, enquanto as

teorias dualistas admitem que a ação tem ambas as feições, direito material e processual. Dito isto, a primeira grande teorização deste instituto foi a teoria civilista ou imanentista do direito de agir. Tal teoria, fixada na concepção monista, considera a ação um direito relativo ao plano material e como uma qualidade ou um estado de direito, sendo ela o próprio direito subjetivo reagindo a sua violação. De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 250), nesta perspectiva, o conceito de ação pressupõe duas condições bem definidas: a pré-existência de um direito (critério subjetivo) e a violação do mesmo (critério objetivo) (CALAMANDREI, 2003, p. 204) (TORRES, 2016, p. 76).

Um marco fundamental que possibilitou o desenvolvimento das demais correntes sobre o tema foi a divisão teórica, capitaneada pelos processualistas Windsheid e Muther. Enquanto Windsheid defendia que a pretensão era o equivalente do direito de ação, para Muther, o direito de agir era diferente do direito material, porém, tendo este como seu pressuposto. As grandes contribuições dessa divergência, que na prática se complementam, foi a superação das teorias unitárias da ação, passando a desenvolver estudos que tomam o direito de ação como algo distinto do direito material. Tal percepção foi vital para o desenvolvimento das teorias sobre o tema (TORRES, 2016, p. 80).

Por conseguinte, a próxima concepção que exsurge é a teoria da ação como um direito autônomo, desvinculando o direito material do direito de ação. Nesse sentido, ergueram-se novas correntes derivadas dessa premissa, dentre as quais, são consideradas para este estudo: (i) a teoria da ação como direito autônomo e concreto, apoiada por nomes como Wach, Bulow e Hellwig; (ii) a teoria da ação como direito potestativo, tendo como principal expoente Chiovenda; (iii) a classificação do direito de ação como um direito autônomo e abstrato, a qual, entre seus defensores, encontram-se, Plósz e Degenkolb; (iv) a classificação da ação como um direito abstrato e concreto, na conhecida teoria eclética, desenhada por Enrico Tullio Liebman; (v) a teoria da ação enquanto posição subjetiva composta, concepção idealizada por Elio Fazzalari; e, por último (vi) a teoria da ação como conjunto de situações jurídicas complexas, tese defendida por F. Didier Júnior (TORRES, 2016).

Pois bem, a teoria da ação como direito autônomo e concreto, embora reconheça a distinção entre direito material e o direito de ação, de modo que este só existe se aquele também existir, parte do pressuposto de que a ação seria o direito a uma sentença favorável. Já a teoria da ação como direito potestativo estabelece que a ação representa o poder jurídico de dar vida à circunstância para a atuação da vontade da lei, por meio do Estado, propenso à concretização de efeitos jurídicos contra a parte contrária, entretanto, tal elaboração

desconsidera elementos pré-processuais de existência e validade, por exemplo, a improcedência da ação. Por fim, a última corrente clássica autonomista da ação, que a classifica como um direito autônomo e abstrato, prescreve o direito de ação como algo abstrato, já que o demandante pode ter uma sentença favorável ou desfavorável, portanto, o direito de ação, em seu prisma abstrato, é o direito de provocar o Estado, independentemente do direito material ser concretizado ou não (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 65) (TORRES, 2016, p. 80-84).

A teoria de Enrico Tullio Liebman revolucionou o estudo desta temática, ao promover a ação ao patamar de garantia e condição de existência para o Estado agir, isto é, todos os cidadãos têm o direito de levar suas pretensões ao Estado, para que este, exercendo a jurisdição por meio do processo, possa manter a ordem, levando a justiça para os jurisdicionados, desde que seja provocado. Nesse contexto, Liebman propõe uma diferenciação entre ação (ato jurídico) e poder de agir em juízo, poder este, fundamentado constitucionalmente e que independe de qualquer situação concreta, assim, para Liebman, o direito de ação somente existe, quando no processo todas as condições para que o direito subjetivo seja analisado estejam satisfeitas, ou seja, as condições da ação são o ponto de contato entre a ação e situação de direito material. Nesse contexto, o autor aglutina as concepções concretas e abstratas da ação em torno do direito de ação e das condições da ação (LIEBMAN, 1984) (GRINOVER, DINAMARCO, CINTRA, 2012, p. 240-249).

Assim, na teoria eclética de Liebman, o que realmente importa para o exercício do direito de ação são suas condições e pressupostos, nesta perspectiva, o direito de ação consiste no acesso à justiça, porém, para se chegar à decisão de mérito, algumas condições necessitam ser satisfeitas. Por conseguinte, o desdobramento desse direito é o reconhecimento, ou não, do direito material por meio de uma sentença favorável ou desfavorável. À época em que esta teoria foi proposta, as condições para ingressar com um pedido eram: o interesse de agir; a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido, posteriormente, a possibilidade jurídica do pedido foi deslocada para o mérito, e as condições da ação, conforme o Código de Processo Civil de 2015, resumem-se ao interesse e à legitimidade. Maiores digressões a respeito desta acepção teórica não são apropriadas para esta proposta de desvelar o papel da ação na trilogia estrutural do processo e seus reflexos na decisão jurídica (MITIDIERO, 2005, p. 92).

A concepção de Elio Fazzalari para o direito de ação diverge das teorias expostas até então, pois retira o enfoque dado ao pedido e à demanda para uma estruturação voltada ao provimento. Nesta construção, o autor utiliza os conceitos de situação legitimante e situação

legitimada. As situações legitimantes consistem em conferir uma faculdade, um poder ou um dever ao sujeito, enquanto as situações legitimadas são uma série de poderes, faculdades e deveres que se apresentam como expectativas para cada um dos sujeitos envolvidos no processo. Para Fazzalari, a ação não representa tão somente uma faculdade do autor para movimentar a jurisdição por meio do processo. O jurista italiano considera a ação um direito, ou seja, uma situação subjetiva composta, sendo que, até a produção do provimento, a ação detém um aspecto dinâmico, podendo ser entendida como uma série de posições dinâmicas que se aplicam a todos os sujeitos envolvidos. A ressalva crítica é feita ao juiz que, segundo Fazzalari, exerce uma função e não uma ação, pois a realização dos seus atos determina-se apenas ao cumprimento de deveres, não podendo exercer faculdades ou direitos, contudo, com a evolução processual do contraditório, o juiz também detém um papel ativo no, e pelo processo. Resumindo, nesta acepção, a ação é a atuação determinada a partir do provimento (FAZZALARI, 1996).

Outro ponto que merece destaque é a concepção proposta por Fredie Didier Júnior (2012) que contempla a ação como um conjunto complexo de situações jurídicas. Assim, o exercício do direito de ação constitui um ato que inaugura o processo, mas, por outro lado, a ação cria diversas situações jurídicas. Nesse contexto, o precursor da teoria, Didier (2012, p. 10-11), sobre o tema, aduz o seguinte:

O direito de ação é, como qualquer direito, uma situação jurídica. Sucede que o conteúdo deste direito é complexo: trata-se de direito composto por uma infinidade de situações jurídicas. Neste complexo de situações jurídicas, há algumas que são pré-processuais (situações jurídicas titularizadas e exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda). É o caso do direito de provocar a atividade jurisdicional e do direito à escolha do procedimento. Esses dois direitos, que compõem o conteúdo do direito de ação, são exemplos de direito potestativo. No primeiro exemplo, há um direito potestativo à criação de um complexo de relações jurídicas, envolvendo os diversos sujeitos do processo que então se inicia. Perceba que, após o exercício do direito de provocar a jurisdição, surgem o direito à tutela jurisdicional (direito à resposta do Estado-Juiz, que deve ser qualificado pelos atributos do devido processo legal antes referido) e o dever de o órgão julgador examinar a demanda. Além disso, o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional torna alguém réu – sujeito a quem se imputam diversas situações jurídicas. Aquele que é colocado como réu se sujeita, então, ao exercício desse direito potestativo, vindo transformada a sua esfera jurídica.

Dessa forma, na concepção do autor, a ação é um conceito complexo que envolve atos, situações e posições de todos os atores envolvidos. De acordo com essa visão, a ação é desenvolvida no processo e adquire uma feição dinâmica, não se concentrando a um mero pedido.

Portanto, ao verificar todo este caminho evolutivo, é possível concluir que a ação na

trilogia estruturante do direito processual está em profunda expansão de seus significados, isto é, cada vez mais abandonando sua feição estático-linear para atuar como uma rede complexa de situações que se conecta a todos os atores envolvidos para se converter na decisão, no espaço e no tempo do processo.

Da mesma forma, é possível notar que este instituto também se comporta de modo diferente em relação à jurisdição, já que, em um primeiro momento, a ação era a peça que impulsionava o processo para o seu desfecho final, de modo que a jurisdição era praticamente a protagonista isolada no recebimento, na condução e na satisfação da tutela. No entanto, este contexto na contemporaneidade tende a se modificar e a ação exige da jurisdição uma participação mais paritária, ativa e imersa ao processo.

Por conseguinte, a ação também modificou sua inter-relação com o processo (conceito), desenvolvendo uma conexão contínua que possibilita protagonismo aos atores sociais em juízo, ou seja, enquanto a ação (ato) é o projeto da sentença que se desenvolve no, e pelo processo, o direito de ação (conjunto de situações jurídicas) cria arcos que se expandem com o início do processo para serem confrontados no seu curso, criando diversos espaços de construção participativa e argumentativa, ou seja, o direito de ação é dinâmico.

Diante de todo este panorama, a ação, em convergência com o direito de defesa, tende a figurar ativamente no provimento e pressupõe um direito de influenciar diretamente na decisão, distanciando-se cada vez mais de um mero pedido, para se converter em uma habilitação para participar da construção intra-processual. Assim, diante de uma nova forma de olhar para a trilogia conceitual, a curva que representa o processo pode ser idealizada como uma parábola com a concavidade voltada para baixo, em que a ação se expande até a máxima amplitude de suas possibilidades para, a partir desse ponto de virada, ir se depurando argumentativamente, respeitando os constrangimentos processuais, até se transformar na decisão. Logo, a ação, diante do processo, expande-se e extrapola a subjetividade do autor para garantir que seu resultado, a decisão, possa condensar a subjetividade e a autoridade do juiz.

3.1.2 Teorias da Jurisdição e a decisão judicial

Para desvelar o percurso evolutivo e a historicidade conceitual da jurisdição é indispensável direcionar este conceito para as formas que o Estado assumiu desde o final do

século XVIII até meados do século XX. A concepção clássica de Estado, como espectro político consensual de poder que exerce as atividades legislativa, executiva e jurisdicional, por meio de uma distribuição de tarefas, das quais seus titulares são seus destinatários, oscila conforme o tipo de sociedade e o momento histórico. Entretanto, após vários ciclos, é curioso perceber que a forma e a essência do Estado, como este foi concebido, têm se modificado drasticamente por influências sócio-histórico-culturais, revoluções filosóficas, e principalmente por intercessão do constitucionalismo, o qual revolucionou o modo de ser e o fundamento de validade do Estado, em especial da jurisdição.

A compreensão de um conceito sempre guarda estreita relação com seu contexto histórico. Assim, o traço genético do Estado, fundado pela Revolução Francesa no século XVIII, é resultado direto das influências sócio-histórico-culturais da época. Nesse sentido, o direito no Estado liberal era um projeto político de acesso ao poder por quem detinha o controle econômico, para garantir segurança jurídica as suas relações. Nesse período, o Direito, enquanto produto cultural que objetiva acomodação social, foi adaptado para exercer esta finalidade. No entanto, tal conjectura se mostrou falha, principalmente, em momentos de crises econômicas, exigindo do Estado um papel mais proativo nas relações sociais, marco inaugural do Estado Social, tal modelo buscava realizar sua atividade mais voltada à justiça e à igualdade social, contudo, tal período, demarca um Estado autoritário que decidia pelos indivíduos, por meio de uma jurisdição que aplicava a lei (dizer o direito) de forma soberana e autoritária. Tal modo operacional do Estado Social teve seu declínio com a crise de autonomia do Direito após as duas grandes guerras mundiais. Todo este cenário sinaliza a passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional.

De acordo com essa lógica, a jurisdição em cada modelo de Estado detinha um papel decisório. Nesse sentido, aduz Ferrajoli (2002, p. 693), sobre o tema:

Em primeiro lugar enquanto as garantias liberais requerem do Estado prestações negativas consistentes em um não fazer e, conseqüentemente, de per si, nada custam, as garantias sociais requerem do Estado prestações positivas e têm, por conseqüência, um custo econômico, que não maior para a coletividade do que o sustentado pelo Estado social burocrático ou paternalista. Em segundo lugar, enquanto os "direitos de" refletem o esquema da *facultas agendi*, os "direitos a" refletem o esquema da pretensão; assim os primeiros são situações, por assim dizer, ativas, no sentido de que são diretamente acionáveis e tuteláveis com o seu exercício imperturbável por parte de seus titulares, enquanto os outros são situações passivas, nos quais a satisfação requer a atividade de outros sujeitos. Em terceiro lugar, se a violação das públicas vedações postas em garantia dos "direitos de" dão lugar a antinomias, isto é, a normas vigentes mas inválidas, a violação das obrigações públicas postas em garantia dos "direitos a" dá lugar a lacunas, isto é, à falta de normas: e, se uma antinomia pode ser resolvida com a anulação ou a reforma da norma inválida, uma lacuna pode ser apenas colmatada por meio de uma atividade

normativa nem sempre facilmente coercível ou sub-rogável.

Portanto, nota-se que a jurisdição ampliou sua capacidade decisória, passando do extremo de resolver antinomias (conflito por excesso de normas) a resolver lacunas (ausência de normas), o que demonstra um crescimento das demandas do Estado e um desequilíbrio entre as atividades legislativa e jurisdicional, tendo como efeito o avanço do poder interpretativo/criativo da jurisdição.

Por outro lado, outro fator que influenciou a jurisdição (pós-Estados liberal e social) nos últimos séculos foi o contexto filosófico, isto é, várias forças epistemológicas mudaram a direção do pensamento que circunda o conceito de Estado e jurisdição. Dentre estas forças, destacam-se: (i) a eticidade reflexiva; (ii) a virada kantiana e (iii) a virada linguística. Em relação a eticidade reflexiva de contornos habermasianos, a força motriz dessa corrente filosófica descansa na importância da tradição cultural para a conformação ética. Nesse sentido, o direito deixa de adotar ideias estáticas, tais como: bem comum, ordem pública e igualdade formal; passando a empregar o olhar dosimétrico entre as diversas culturas e pluralidades coexistentes em uma determinada sociedade, tornando a reflexividade um parâmetro para a construção de critérios éticos. No mesmo sentido, a virada kantiana faz a opção definitiva pelo foco do direito, ou seja, o fundamento de validade do direito é o próprio homem. Por fim, tem-se a virada linguística, revolução filosófica que redimensionou as bases do direito para os fins da eticidade reflexiva e da virada kantiana, ou seja, refunda os modos de operar o direito, bem como todas as demais ciências sociais. Dessa forma, segundo esse conceito, o conhecimento das ciências humanas se dá pela linguagem, sendo inseparável da interpretação, assim como a interpretação não só é indissociável de sua aplicação como também interfere junto à própria realidade interpretada. Assim, a atividade jurisdicional passou também a determinar os critérios de validade do direito a partir de parâmetros filosóficos por meio da interpretação na, e pela linguagem (HABERMAS, 2002) (KANT, 1994) (JUST, 2014, p. 57).

Por todo o contexto lançado, com a encruzilhada com que o Estado se deparou no pós-guerra (quem controla o direito?) e diante da influência direta das revoluções filosóficas, conforme já explicitado, um dos paradigmas que emergiu, sob a influência dos demais, redimensionando os fundamentos do Estado e, conseqüentemente, a essência da jurisdição, foi o constitucionalismo, para cuja melhor definição, recorre-se à explanação de L. Streck (2014, p. 109-110), no seguinte trecho:

O constitucionalismo consolidado pela tradição finca raízes no mundo

contemporâneo a partir da noção de Constituição como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos Estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), aparecendo o judiciário como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*. Mais do que isso, é importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, indentificando ordenamento jurídico e Estado, ofereceram esses dispositivos formais, consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno. Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamentos entre sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e coletivos. O constitucionalismo em seu nascedouro, como uma aspiração de uma constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medievo, onde era predominantemente o modo de dominação carismática, e o poder absoluto do rei, próprio da primeira forma de Estado Moderno.

Portanto, o constitucionalismo como esfacelamento de quaisquer formas de poder autoritário e princípio que submete o Estado à Constituição, possibilita, segundo L. Ferrajoli (2002), instituir o Estado Democrático de Direito como realizador dos direitos fundamentais e limitador à vontade das maiorias. Porém, ao prescrever à jurisdição, o papel de intérprete dos textos constitucionais, como elemento do Estado, precisa estar condicionado ao paradigma democrático do Direito, pois, caso contrário, o poder absoluto transfere-se dos reis, e do parlamento, para os juízes. Nesse sentido, não há espaço para soberanos no Estado Democrático de Direito, isto é, até mesmo a vontade soberana do povo está sujeita ao controle contra-majoritário para garantir proteção às minorias e à supremacia constitucional.

Nesse entendimento, Habermas (BORRADORI, *apud*, MADEIRA, 2010, p. 140) extrai sentidos da democracia constitucional para projetar os critérios que devem reger quaisquer atividades de poder no Estado Democrático de Direito, assim, nas palavras do filósofo alemão:

No interior de uma comunidade democrática, cujos cidadãos concebem reciprocamente direitos iguais uns aos outros, não sobra espaço para que uma autoridade determine unilateralmente as fronteiras do que deve ser tolerado. Na base dos direitos iguais dos cidadãos e do respeito recíproco de um pelo outro, ninguém possui privilégio de estabelecer as fronteiras da tolerância do ponto de vista de suas próprias preferências e orientações segundo valores. Certamente tolerar as crenças de outras pessoas sem aceitar a sua verdade, e tolerar outros modos de vida sem apreciar o seu valor intrínseco, como fazemos com relação a nós mesmos, isso requer um padrão comum. No caso de uma comunidade democrática, essa base de valor comum é encontrada no princípio da constituição.

Logo, a jurisdição também está submetida ao paradigma democrático e deve se adequar a tais preceitos e critérios para não extrapolar seu papel no Estado Democrático de

Direito.

Feita essa digressão, pode-se olhar para o atual conceito de jurisdição com condições de tecer críticas ao modelo vigente. No entanto, primeiramente, é louvável olhar para o conceito clássico que é anterior ao paradigma interpretativo e criativo da jurisdição. Assim, conforme Giuseppe Chiovenda (2000b, p. 8-17), tem-se o conceito clássico de jurisdição, o qual foi parâmetro de vários códigos processuais, inclusive, os códigos processuais brasileiros antes do Código de Processo Civil de 2015:

Jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva. A jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existentes ou não existentes uma vontade concreta da lei concernentes às partes.

A primeira crítica a este conceito se dá pelo fato de que, nessa acepção, é ignorada a feição criativa da jurisdição, e, por outro lado, ressalta-se o descompromisso desta definição com o processo, posicionando este instituto como instrumento daquele, sem quaisquer garantias de constrangimentos do processo à atividade jurisdicional. Portanto, o paradigma democrático do direito não encontra espaço nessa definição.

Passando para uma conceituação mais contemporânea, já desenvolvida com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os autores que se debruçam sobre este tema reconhecem a atividade criativa da jurisdição, porém, são omissos quanto à função protagonista do processo nesse sistema, ou seja, ainda que reconheçam sua importância, não optam por subordinar a jurisdição ao processo, tampouco dissolver a autoridade subjetiva jurisdicional pela autoridade objetiva hermenêutica. A título ilustrativo, segue a definição de L. Guilherme Marinoni (2015, p 156-157):

Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acríptico. A cabal superação da suposição de que a norma jurídica é sempre anterior à interpretação - sendo o seu objeto - enterrou em termos teóricos as teorias da jurisdição como declaração da vontade concreta da lei ou como justa composição da lide. [...] A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas - a jurisdição implica atividade de reconstrução interpretativa mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas.

Em outra perspectiva, tem-se a definição de jurisdição, segundo F. Didier Jr. (2015a, p. 153):

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo) reconhecendo, efetivando, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para se tornar-se indiscutível.

Portanto, tais conceitos são deficitários em acomodar o paradigma democrático do direito em sua completude. A noção de processo democrático (dialógico) exige que a jurisdição seja um elemento partícipe na construção da decisão jurídica. Dessa forma, o constrangimento processual deve ser maior que a autoridade decisório jurisdicional. Assim, a Jurisdição deve ser uma função do Estado que acomoda o processo, e a estrutura que permite a fluidez da aplicação do direito no, e pelo processo, ofertando um terceiro com o dever de imparcialidade e de argumentação para construir a solução dos casos, zelando pelo direitos das partes (autor e réu), pela jurisprudência e pela harmonização social dos conflitos, produzindo decisões judiciais aptas de serem executadas também no meio processual.

Diante dessa conjuntura, a crítica ao modelo posto da trilogia estruturante do processo deixa evidente que a intencionalidade proposta, em considerar a decisão fora do campo de domínio exclusivo da jurisdição para posicioná-la no processo, objetiva valorar critérios de verdade, em detrimento de critérios de autoridade.

3.2 Diálogos entre factibilidade processual, participação e direito jurisprudencial: o ponto de contato entre a verdade provável no processo, a argumentação e a coerência/integridade do direito na decisão judicial

Sobre os perigos da autoridade no Estado Democrático de Direito, Luigi Ferrajoli (2002, p. 437) posiciona-se, afirmando que esta nunca deve se sobrepor à verdade, ou com ela se confundir, conforme a passagem, a seguir:

E qualquer condicionamento de poder externo, ainda que ética ou politicamente confiável, não só não contribui para o alcance da verdade como, ao contrário, desvia-se de tal fim. O princípio de autoridade, mesmo se a autoridade for "democrática" e exprimir a maioria ou até mesmo a unanimidade dos cidadãos, não pode jamais ser um critério de verdade.

Desse modo, ao argumentar que a decisão reclama um lugar diverso na teoria estrutural do processo, objetiva-se diminuir a fração de autoridade para ampliar a dimensão da verdade. No entanto, o ambiente processual, para afastar posições autoritárias no processo, deve possuir equilíbrio entre a participação de todos os sujeitos, a devida influência da

factibilidade por meio do tratamento adequado às provas e a exigência de que no processo se argumente com a historicidade da jurisprudência como critério de igualdade e segurança jurídica.

Com efeito, para mapear esses critérios, consentaneamente aos paradigmas hermenêuticos e democráticos do direito, é necessário adequar o tratamento da factibilidade processual por meio das provas e garantir que seu resultado, após argumentação com contraditório, sobreponha-se à autoridade do juiz, como deve acontecer em um processo garantista, privilegiando a verdade em detrimento da autoridade. Sobre o assunto, Ferrajoli (2002, p. 436) diz o seguinte:

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de "correspondência aproximativa". Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação. Com efeito, a falsidade fática de tais discursos é motivo de impugnação e reforma em sede de juízo de mérito; sua falsidade legal é motivo de impugnação e reforma também em sede de juízo de legitimidade. Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não são ditadas por motivos puramente processuais, correspondem, diversamente dos juízos de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um ato de verificação e a um ato de refutação.

Nesse sentido, o jurista italiano, faz um notável apontamento, segundo o qual, a decisão é a única norma condicionada à verdade, e, portanto, torna-se inconcebível depositar na jurisdição a discricionariedade valorativa sobre as provas no processo.

Outro critério que deve gravitar o transcórre processual e influenciar a decisão é a historicidade jurisprudencial para a aplicação do direito. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve a tentativa de inserir a deferência ao direito jurisprudencial por meio da adoção de um modelo de precedentes. Entretanto, bem antes disso, com o constitucionalismo, as tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*, já vem se aproximando e produzindo sistemas que se intercomunicam, principalmente no Brasil. Ora, a legalidade não é mais o único parâmetro de igualdade, justamente em razão da necessidade não só de se interpretar a lei diante do caso concreto mas também de realizar os direitos contidos na Constituição. A respeito desse tema, L. G. Marinoni (2010, p. 562-563), citando Ferrajoli, corrobora tais ideias, na seguinte passagem:

A mutação do princípio da legalidade fez com que Ferrajoli aludisse a uma segunda revolução, contraposta a que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade, o qual provocou, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado legislativo. Esta segunda revolução também implicou em quebra de paradigma, substituindo o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial. [...] Não há

dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo. Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.

Assim sendo, não houve uma supressão da legalidade clássica, mas, sim, uma adaptação à realidade hermenêutica do direito e ao constitucionalismo. Dessa forma, a ampliação do conceito de legalidade abarca as leis e também a construção jurisprudencial, embora ainda falte o devido respeito, ou o necessário diálogo com o direito jurisprudencial no curso processual.

Não há dúvida, portanto, de que o processo deve ser pautado por uma associação de critérios em substituição ao critério ímpar da autoridade jurisdicional como fundamento predominante da verdade. Nesse sentido, ao elaborar críticas ao modelo de processo sob o eixo da decisão, redimensionando o lugar da autoridade nesse contexto, é preciso considerar as novas variáveis que orbitam o meio ambiente processual para que haja coexistência dos seguintes critérios para a construção da decisão: a participação paritária dos atores processuais, as provas como elemento factual de reconstrução histórica e a tradição como nova substância da legalidade responsável pelos limites à construção normativa processual, bem como a integridade e a coerência do ordenamento. Afinal, o protagonismo processual pressupõe a acomodação dessas condições como meio de materializar os constrangimentos aos quais todos os atores devem estar imersos no, e pelo processo.

No modelo da trilogia estrutural do processo, ora exposto, a decisão ainda repousa na autoridade do intérprete julgador. No entanto, com a amplificação do conceito de decisão para além da jurisdição, é necessário que o processo ofereça meios de restringir a discricionariedade e as formas de investigar, refutar e considerar a verdade neste ambiente de criação. Portanto, mapeados os sítios dos constrangimentos processuais que devem pautar a decisão, realocando a factibilidade, inserida no processo por meio das provas, como fortalecimento da verdade, e valorando o respeito ao direito jurisprudencial como promoção da igualdade na aplicação do direito e no enfraquecimento da autoridade em quaisquer de suas formas, torna-se necessário aprofundar em cada um desses prismas separadamente,

identificando o ponto de contato destes na decisão judicial.

3.2.1 Teoria geral da prova e a decisão judicial

A transição da natureza do processo, de instrumento da jurisdição para um sistema complexo de comunicação com garantias de liberdade e igualdade, atinge todas as categorias desse sistema, por exemplo, a autoridade jurisdicional e sua relação com a verdade. Nesse novo paradigma, os *standards* de constrangimentos do processo se descentralizam do poder interpretativo do juiz, como o único detentor dos sentidos da norma extraídos dos textos por meio do método dedutivo, para proverem a interpretação intersubjetiva com renovação dos sistemas de constrições. Estes ampliam o sentido da norma para além dos textos e reconhecendo a interferência da realidade na interpretação/aplicação mediante o uso da linguagem dos participantes, todavia, sem desconfigurar a autonomia do Direito.

Nessa lógica, outros elementos que fortalecem o traço cognitivo do meio ambiente processual pelo caminho da investigação ganham espaço dentro dessa sistemática, por exemplo, a verdade processual e sua relação com a decisão jurídica. A decisão não é apenas o que o julgador entende como verdade, mas esta é o que está demonstrado no, e pelo processo, e, por consequência, a decisão nada mais é do que o resultado concreto disso. Portanto, o conceito de prova e sua relação com a decisão no processo alteram-se profundamente, gerando uma influência espiral em que as provas são colocadas sob a argumentação processual, mas, em contrapartida, a argumentação a qual fundamenta à decisão é regida pelas provas produzidas enquanto reconstrução dos fatos no, e pelo processo. Tal contexto se reflete em dois planos, a questão da verdade no processo e a questão da autoridade na valoração dessa verdade (TARUFFO, 2016) (TARUFFO, 2014).

Sobre o significado da verdade para o processo, é notável a transformação que, apesar de ainda estar em curso, destina-se a abandonar a dicotomia: verdade material (real) e verdade formal, não somente para conceber a verdade processual como forma de adequar seus sentidos ao paradigma contemporâneo do Direito (virada linguística), mas também para fortalecer o peso desse sistema, rompendo as barreiras do sistema autoritário. Nesse entendimento, Antônio do Passo Cabral (2010, p. 115) preleciona importantes considerações sobre esta problemática:

Essa *summa divisio* no âmbito processual ecoava na atuação do juiz. No Processo

Civil, concebido como “coisa das partes”, não deveria o magistrado ter iniciativas no campo probatório, devendo julgar secundum *allegata et probata partium*, sob pena de ferir sua imparcialidade e o distanciamento dos interesses em jogo que seria dele exigido. Preponderavam as partes na condução do Processo Civil, enquanto que, no Processo Penal, a busca da verdade material justificaria uma postura ativa do juiz, que podia ter iniciativa na produção de prova. Na atualidade, vários destes paradigmas foram superados. Primeiramente, vê-se a busca pela verdade no direito processual moderno prescindir de considerações sobre tratar-se de verdade material ou formal. Como a formação da convicção judicial é realizada através de uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos, qualquer verdade em um procedimento judicial é concebida apenas como uma verdade processual, extraída do debate e dos autos, sem qualquer pretensão de que, mormente em uma ciência humana, possa existir uma verdade absoluta ou que, do processo, possam os sujeitos envolvidos obter uma verdade extraprocessual.

Logo, o paradigma emergente do direito extrapola essa dicotomia maniqueísta de duas formas de verdade, para se fundamentar na busca pela verdade como reconstrução dos fatos por meios previamente estabelecidos. Ao tratar sobre essa questão, Ferrajoli (2002, p. 38-39) posiciona o modelo de processo garantista como aquele que estará sempre na busca pela verdade, porém, sem cometer posturas autoritárias:

A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade: Se uma justiça penal integralmente "com verdade" constitui uma utopia, uma justiça penal completamente "sem verdade" equivale a um sistema de arbitrariedade.

É perceptível que, de acordo a visão de Ferrajoli, a processo ideal deve se parametrizar sempre pelo tangenciamento à verdade, em uma aproximação cognitiva. Nesse sentido, para o autor, é melhor figurar proximamente à utopia da verdade que confiar no autoritarismo jurisdicional como detentor de uma verdade concreta, real, soberana e subjetiva, ou seja, ainda que a verdade seja provável, mas construída pela força do procedimento em contraditório, é mais confiável, democrática e garantista do que a verdade manifesta pelo convencimento. Em outra passagem, Ferrajoli (2002, p. 437) discorre sobre o assunto:

Disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, dissemos inicialmente a propósito da jurisdição, invertendo o princípio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, que vale, no entanto, para a legislação. [...] Esse nexos entre verdade e validade dos atos jurisdicionais representa o primeiro fundamento teórico da divisão dos poderes e da independência do Poder Judiciário no moderno Estado representativo de direito. Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade.

Diante disso, a ampliação da força participativa, que ganha espaço na teoria processual sob a rubrica de processo democrático, somente se afasta de uma mera discussão que busca consenso, quando se transforma em uma composição lógico-racional-argumentativa que se pauta por um corpo normativo o qual rege os papéis dos envolvidos e por uma (re)construção da factibilidade, guiada por critérios jurídicos e critérios de verdade, isto é, a soma direito mais realidade, somente produz direito legítimo, se, ao final, for reverente às regras do jogo, exigindo a verdade em toda sua edificação. Michelle Taruffo (2014, p. 15 e 22) trata, ainda com mais ênfase, as ideias expostas:

Assim, o contexto do processo pode ser bem concebido como um tipo de espaço privilegiado para a «exigência da verdade», a «devoção à verdade» e o «desejo da verdade», que um proeminente filósofo indica como traços essenciais do pensamento e da cultura modernos. Ademais, nos sistemas processuais modernos não se espera encontrar a «verdade» adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base em meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos. [...]

Uma boa maneira de harmonizar as perspectivas divergentes gira em torno da suposição de que a melhor solução possível para uma controvérsia entre as partes é uma decisão adequada e correta; essa decisão não pode ser adequada e correta a menos que se baseie em um juiz verdadeiro acerca dos fatos do caso. Não é por colocar fim ao conflito que qualquer solução dada a esse seja necessariamente uma boa solução. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no princípio fundamental do «Estado de direito», uma boa solução é obtida por uma decisão legítima (i. e., apropriada e justa).

Portanto, diante dessa conjuntura, o direito fundamental à prova pode ser desdobrado em direito a requerer provas; direito de produzir provas; de participar da produção de provas; de manifestar sobre provas produzidas; direito de dialogar com os demais atores sobre as provas; o direito a influenciar a verdade produzida analogicamente no processo a partir de uma narrativa sustentada em rastros do passado, bem como garantir que o espaço da verdade na decisão seja maior que o espaço da autoridade. Assim sendo, a prova e seu tratamento no processo é uma das texturas que revestem a decisão judicial de participação com aderência à busca pela verdade de modo adequado. Dessa forma, o processo não se resume simplesmente à resolução e à pacificação do conflito. Esta é uma das dimensões que este instituto assume, contudo, a justiça que se pretende no, e pelo processo depende da busca da verdade, da forma que esta reconstrução é absorvida no contexto processual bem como do seu desenvolvimento pela linguagem dos participantes (HASSEMER, 1995) (HASSEMER, 2004) (KHALED JÚNIOR, 2013) (TARUFFO, 2010, p. 665-681).

Por outro lado, a busca pela verdade é um dever-valor que o processo necessita para

existir, no entanto, deve-se reconhecer que a verdade é um valor infinito de alcance inatingível. Assim, diante da policontextualidade de subjetividades e de abstrações do mundo real, o processo não tem condições de verificar com exatidão a veracidade em sua universalidade, podendo apenas aproximar-se desta. Portanto, a questão da verdade para o processo somente existe no que pode ser reconstruído em probabilidade e em frações no espaço e no tempo do processo, sendo inadmissível a jurisdição deter a interpretação do que seja a verdade real, ou ilusoriamente desvirtuar o processo sob o propósito de alcançá-la, isto é, o que há para o processo é a verdade produzida em contraditório, a verdade processual (HASSEMER, 2004) (KHALED JÚNIOR, 2013) (TARUFFO, 2010, p. 665-681).

Fixada a premissa de como a verdade processual deve ser construída, com profundidade e abrangência por meio do contraditório e da fundamentação, harmonicamente ordenados com equilíbrio entre argumentação e factibilidade, o outro ponto que merece destaque é a influência que esta construção exerce sobre a decisão. Para tanto, é necessário abandonar o modelo autoritário e aplicar o modelo democrático e hermenêutico de valoração das provas. Nesse sentido, além de fixar os modos de se buscar a verdade e a reconstrução dos fatos no processo, é necessário modificar a valoração das provas e o peso de sua influência na decisão.

O reflexo do autoritarismo na valoração das provas está contido no direito brasileiro nos vários códigos processuais, penais e civis, desde 1939 até 2015, sempre com algum traço ou resquício autoritário que sujeita as provas à vontade do intérprete/aplicador. Tal característica autoritária é observável nos vários instrumentos legislativos processuais, como, por exemplo: (i) no CPC de 1939 (art. 118, livre convencimento); (ii) no CPP de 1941 (art. 157, convicção pela livre apreciação das provas) e posteriormente com a alteração pela Lei nº 11.690 de 2008 (art. 155, convicção pela livre apreciação das provas produzida em contraditório); (iii) no CPC de 1973 (art. 131, apreciará livremente a prova); e, por fim, (iv) no CPC de 2015 (art. 369, influir eficazmente na convicção do juiz, e art. 371, convencimento).

Portanto, por mais que o processo tenha passado por uma revolução nos aspectos democráticos e hermenêuticos, fortalecendo o contraditório e a produção da verdade processual pela reconstrução histórica dos fatos, no que tange à constrição que as provas provocam na decisão judicial, há pouca afetação desta à autoridade jurisdicional. Dessa forma, ao longo da evolução e da historicidade do tratamento dado ao sopesamento das provas na decisão, a discricionariedade na apreciação deste instituto processual, apesar de perder o

adjetivo "livre", ainda repousa em princípios subjetivos e volitivos, não promovendo o aspecto cognitivo no processo (HASSEMER, 2004) (TARUFFO, 2015).

A discussão processual sobre a factibilidade que se incorpora à argumentação jurídica não pode ser apenas um elemento de convicção do julgador, pois, o dever da jurisdição de participar do contraditório diante das provas reflete diretamente na sua aceitação, confrontação e na contextualização destas, posteriormente, no momento do resultado final, não há espaço para escolher e valorar provas já produzidas, discutidas e inseridas no, e pelo processo. Nesse sentido, cabe ao juiz não só decidir a partir das provas, não sendo possível realizar a dosimetria destas, mas também escolher de forma subjetiva e arbitrária como, quando e de que forma valorá-las. Portanto, as provas não são, ou ao menos não devem ser, apenas meios processuais de convencimento, mas, sim, devem ser elementos de constrangimento que garantam o direito das partes de influenciar e coparticipar na construção da decisão.

Assim sendo, é evidente que o fortalecimento hermenêutico e democrático, dado ao tratamento das provas, redesenha a formatação da trilogia estrutural, pois, amplia a força gravitacional do processo perante os outros institutos e, conseqüentemente, garante que a decisão possa ser influenciada de modo equitativo pelas partes, retirando-a da esfera exclusiva da jurisdição, para difundir essa fase decisória por todo o processo. Diante desse contexto, a prova processual já é a própria reconstrução provável dos fatos, não há que se falar em convencimento do julgador como fundamento. Toda prova deve ser submetida à argumentação, ao contraditório e à fundamentação para que seja atribuída a esta, densidade processual. Após o conjunto probatório passar por tais filtros e se encontrar imerso ao processo, a decisão deve ser sujeitada de modo incontroverso a este conteúdo.

3.2.2 Os precedentes judiciais como "plot" de coerência e integridade da decisão judicial

No Estado Democrático de Direito não há lugar para a autoridade sob quaisquer formas. No entanto, a legalidade, que era o limite ao exercício da jurisdição, modificou-se sob seu eixo epistemológico por diversas influências, dentre as quais, destacam-se o constitucionalismo e a virada linguística, como responsáveis por provocar sua abertura democrática, argumentativa e interpretativa, ressignificando a legitimidade desta. Porém, o processo judicial, conjuntamente com os seus ícones fundamentais, no que diz respeito ao

poder decisório, ainda se sustentam presos à soberania da jurisdição, tendo o processo um papel secundário. Nesse sentido, é curioso perceber que tal poder decisório se ampliou sob sua dimensão criativa, mas não sofreu mutações sob seu eixo autoritário, o que causou um desequilíbrio na aplicação do direito.

Dessa forma, não há dúvidas de que a decisão precisa se adequar a esta realidade, embora seja extremamente necessário que os demais conceitos do processo também passem por mudanças. O primeiro resgate a se fazer compreende a desconstrução da premissa de que a autoridade jurisdicional é elemento imprescindível para a construção das decisões jurídicas, quando o correto é se falar em autoridade hermenêutica e processual.

Se, por um lado, os diálogos processuais sobre a factibilidade permitem que a realidade e a especificidade dos conflitos sejam considerados e concretizados no processo, exercendo poder de influência na decisão pela participação e pela demonstração, por outro lado, a coerência e a integridade por meio do respeito aos precedentes judiciais (direito jurisprudencial e histórico das decisões judiciais) e a valorização do direito enquanto sistema que prima pela uniformidade, pela historicidade construtiva e pela igualdade em sua aplicação, configuram o outro elemento que se destina a restringir a discricionariedade-autoridade e não permitir que a construção argumentativa processual se desvie da tradição jurídica.

O modelo de aplicação do direito não é mais o mesmo contemplado pelos esquemas teóricos do cientificismo e do instrumentalismo processual. Tais arquétipos eram estruturados sob o paradigma da legalidade como única fonte de legitimidade. Porém, o constitucionalismo, responsável por revolucionar a legalidade, reduzindo sua autoridade e, de forma reflexa, ampliando o campo de possibilidades da verificação e da interpretação do direito, aproximou as tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, por depositar nos sistemas jurídicos a perspectiva de criar lei a partir dos textos legislados, contudo, buscando legitimidade na Constituição e nos direitos fundamentais.

Tal paradigma é observável tanto em concepções que reforçam o positivismo jurídico, como a democracia substancial de Ferrajoli, quanto em concepções que reforçam a interpretação, como a noção de Direito como interpretação construtiva de Ronald Dworkin. Entretanto, de acordo com esses autores, é possível corroborar que a condensação da legalidade não representa necessariamente liberdade discricionária, mas, sim, vinculação a critérios valorativos do Direito, somados aos critérios descritivos das normas. Nesse sentido, Dworkin (2001, p. 219) preleciona sobre este tema:

Há uma alternativa melhor: as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas. Essa sugestão parece adequada, pelo menos à primeira vista, para muitos juristas e filósofos jurídicos.

Portanto, a legalidade que limitava a criação do direito no momento de aplicação, não deixou de existir, mas transformou-se. Por conseguinte, em Ferrajoli (2002, p. 289), tal perspectiva também é observável em seu contexto garantista, por meio da seguinte passagem:

A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material. Esses traços substanciais de validade, inexplicavelmente ignorados pela maior parte das definições juspositivistas de "direito válido", sejam normativistas ou realista, têm uma relevância bem maior do que a dos meramente formais.

Assim sendo, conforme os autores, mesmo estes se posicionando em lugares opostos em relação as suas concepções de direito, encontra-se uma nítida confluência sobre a percepção da legalidade. Nesse sentido, houve a adaptação da vinculatividade legislativa às camadas valorativas do direito para se alinharem à realidade que o cerca, de maneira a promover sua autonomia substancial e não apenas formal. Com isso, essa conotação convergente dos dois filósofos jurídicos é também auferida por outros pesquisadores desse mesmo tema, por exemplo, na passagem de Oliveira (2013, p. 219):

Aliás, em última análise, é possível afirmar até que existem pontos de contato entre a proposta de Dworkin e aquela defendida por Ferrajoli. Isso porque, tanto o juízo de substancialidade a que o constitucionalismo garantista submete a lei, quanto a leitura moral da constituição asseverada pela teoria integrativa dworkiniana, apresentam uma defesa dos direitos da minoria e apresentam, também, uma solução similar para o aparente embate entre democracia (governo da maioria) e direitos fundamentais (garantias das minorias).

Portanto, a nova feição da legalidade que rege a aplicação do direito não significa liberdade discricionária, mas, sim, resignificação da normatividade. No entanto, em Dworkin, houve um avanço no que diz respeito ao limite reflexivo do aspecto interpretativo. Para este autor, ao ampliar o conceito de fonte do direito, é necessário que sua aplicação leve em conta a historicidade construtiva do próprio direito como critério de valoração e legitimação. Esta moldura teórica, conjuntamente com o constitucionalismo, permite um fechamento de discricionariedade. Sobre o tema, Dworkin (2001, p. 239) realiza uma aproximação da interpretação jurídica à literatura, concebendo o direito por meio de uma estrutura narrativa constante que prima por valores, como a coerência e a integridade, incorporando um efeito substancial à segurança jurídica, adaptando-se à nova veste conceitual

da legalidade.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então.

Para Dworkin, portanto, a coerência representa a igualdade de argumentos aos casos idênticos, enquanto a integridade refere-se ao fato de que qualquer interpretação jurídica esteja sedimentada sob o chão epistemológico do conjunto do Direito, olhando para sua integralidade antes de balancear os critérios e princípios que devem prevalecer. No mesmo sentido, corroborando tal entendimento, outros autores também reconhecem a relevância de se considerar o aspecto narrativo do direito, ao admitir que o histórico das decisões esteja em diálogo com a confecção em curso do próprio direito (SALGADO; OLIVEIRA *apud*, BAHIA, 2012, p. 223-251):

O “Direito como integridade” exige que os juízes ao decidirem um caso tomem aquele não como uma série de isoladas decisões do passado, mas como um todo. Não que o passado institucional seja um todo coerente, de forma que hoje se tivesse que dar a mesma decisão que se deu ontem ou há cem anos. Ele é retomado, não para se encontrar uma *mens legislatoris* que predetermine sentidos (o passado não é um dado pronto), mas na medida em que é reconstruído reflexivamente como abertura para o presente e para o futuro.

Ao reconhecer o valor da jurisprudência como fonte jurídica, em sua forma conjunta ou singular (precedente), é necessário adequar o processo a esta realidade. Entretanto, os modelos romano-germânicos (*Civil Law*) de aplicação do direito são edificados sob a premissa da lei como fonte única e exclusiva do Direito. Porém, nos modelos jurídicos sedimentados na tradição do *Common Law*, o respeito ao direito jurisprudencial, por meio das decisões tomadas no passado, coexiste no processo e garante que este conteúdo seja uma constrição para a interpretação e o resultado da decisão.

Pois bem, essa nova feição das fontes do direito, além de exigir uma conformação do processo, exige que se considere a mudança nas tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*. Tais sistemas, após a constitucionalização do direito, apesar de serem formados em circunstâncias jurídicas, políticas e culturais específicas, o que os tornam essencialmente distintos, aproximaram-se em um movimento circular de trocas de mecanismos e, com isso, em alguns aspectos, apresentam uma afinidade e uma convergência. Principalmente, no que se refere ao reconhecimento das decisões judiciais como fontes do direito com alto grau de

vinculatividade (MARINONI, 2010, p. 533-588) (NUNES, 2008a, p. 151-174).

Contudo, a crítica que se faz refere-se à forma de como garantir que as decisões, assim como o respeito às leis, possuam um sistema de constrangimento que atue efetivamente no processo. Pela concepção clássica da trilogia estrutural, a jurisdição é a única responsável por "dizer o direito" pautando-se pela legalidade como fonte única. Porém, se a legalidade dissolve-se em vários prismas, o arquétipo processual precisa estar em harmonia com tal realidade, no prisma do direito jurisprudencial.

O modelo processual, vivenciado no Brasil até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB 1988) e o Código de Processo Civil de 2015 (CPC 2015), era silene em relação à jurisprudência, colocando esta temática apenas como persuasão e valor ideológico de uniformidade da interpretação, embora sem nenhuma efetiva constrição ao poder de decidir dos juízes. Nesse sentido, a utilização desse termo nos Códigos processuais de 1939 e 1973 aparece nos instrumentos normativos de maneira abstrata e sem nenhuma sistematização que influencia o modo de ser da decisão. Com efeito, o advento da Constituição de 1988, e principalmente com a emenda constitucional nº 45/2004 (art. 103-A, §1º), permitiu-se que esse valor fizesse parte do ordenamento como *standard* decisório e diretriz para a aplicação das leis, mas somente com o CPC de 2015 houve uma tentativa de implementar um modelo de precedentes, adequado aos aspectos valorativos do direito, enquanto princípios interpretativos que primam pela segurança jurídica em sua dimensão substancial, isto é, uma aplicação do direito, de forma íntegra, coerente e equitativa, inclusive pela interpretação.

O modelo de precedentes brasileiro está contido no Código de processos em seus artigos, 10º; 489; 926 e 927. Nesse modelo de precedentes, desenhou-se um sistema de vínculos, impostos aos juízes com valorização ao contraditório na tomada de decisões (art. 10º), elencando as violações que descaracterizam uma decisão fundamentada (art. 489 §1º), e, por fim, inserindo as palavras coerência, integridade e estabilidade, coordenadas com o dever da jurisdição de observar o entendimento jurisprudencial no momento de aplicação do direito ao caso concreto (arts. 926 e 927). No entanto, a crítica que se faz a este modelo é muito mais em relação a sua aplicabilidade, sua operabilidade e ao modo como o processo conforma esse sistema, do que aos textos em si.

Portanto, para um efetivo modelo de precedentes, é essencial que esta trama (*plot*) jurisprudencial por meio do histórico da tradição jurídica esteja de fato contida no processo e não somente na decisão. Assim sendo, a historicidade das decisões tomadas no passado ganha

densidade na decisão presente, quando inserida no, e pelo processo, com garantias de participação, exercida pelo contraditório associado à fundamentação, em um espiral interpretativo em que se possa aferir conclusões depurativas, sem desmerecer a tradição, mas sem desconsiderar à realidade casuística. Nesse sentido, Dierle Nunes (2017, p. 335-396), citando Dworkin, diz o seguinte:

A condição interpretativa do Direito permite distinguir dois tipos de divergência: a empírica, que nada tem de misteriosa e ocorre quando, por exemplo, as pessoas divergem sobre as exatas palavras contidas em determinada lei, ou sobre qualquer outra questão de fato; e a teórica, que aqui nos interessa e se instaura quando as pessoas divergem sobre os fundamentos do Direito. Dworkin sustenta que a prática do Direito é uma prática argumentativa, de modo que as proposições jurídicas apenas adquirem sentido quando discutidas na comunidade em que inseridos os participantes (perspectiva interna). Essa prática argumentativa exige que se adote uma atitude interpretativa, pois “a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação”.

Logo, nesse entendimento, o direito enquanto prática argumentativa necessita fortalecer a estrutura processual de discussão e, dessa forma, aumentar o peso desta, na decisão. Assim, ao exigir do direito coerência e integridade, não basta simplesmente fixar o respeito à jurisprudência como inflexibilidade interpretativa, sob pena de cair no mesmo maniqueísmo da legalidade, é necessário tornar a jurisprudência, enquanto rastro histórico do direito, um elemento integrativo que dê substancialidade argumentativa ao procedimento e à linguagem desenvolvida para a busca da solução (NUNES, 2008b).

Portanto, perante a incompletude da legalidade em compreender o mundo fático contraposto ao direito, a interpretação assume o condão de realizar esta tarefa, no entanto, não por meio do abandono das leis, mas pela construção interpretativa, resultante da colisão entre norma e realidade, que produz norma distinta, a qual diante de uma nova realidade, reproduz a norma existente ou recria seus sentidos, promovendo uma edificação de normas construídas a partir da legalidade e da interpretação, pautada por princípios jurídicos em um efeito serial que se denomina direito jurisprudencial.

Para o trinômio processual, a importância dos precedentes judiciais como *plot* de coerência e integridade consiste em que as decisões, enquanto respostas, não devem ser algo dado, mas, sim, algo construído interpretativamente, no entanto, para qualquer construção é necessário que seu desenvolvimento ocorra em um espaço e uma fração de tempo, embora no modelo atual, esse desenrolar de possibilidades se concentre subjetiva e exclusivamente em apenas um dos intérpretes (o juiz). Nesse contexto, o balanceamento de forças processuais fica desequilibrado, pois, a argumentação processual dos personagens-cidadãos fica represada

na questão da verdade, enquanto a questão dos precedentes, pela tradição jurídica, fica a critério do juiz, que resolve adotar, ou não, determinado entendimento, sem colocá-lo no processo para discussão, e ainda que o faça, não é nada que sua autoridade não possa desconsiderar no momento da decisão.

Assim, do mesmo modo que o processo deve abrigar as provas pelo rastro histórico da verdade, construídas no, e pelo processo, o mesmo deve ocorrer com o rastro histórico da tradição, com deferência aos precedentes judiciais. Entretanto, no modelo da tríade conceitual, ação jurisdição e processo, a tradição bem como a valoração e o sopesamento das provas ficam a cargo da jurisdição e, em contrapartida, às partes, cabe apenas a responsabilidade de produzirem o conteúdo processual para tentarem persuadir e influenciar a autoridade julgadora, tal conjuntura demonstra o desequilíbrio de poderes no processo. Por conseguinte, a jurisdição é quem detém a maior participação nesse sistema, o que diverge da substancialidade que a democracia irradia em todas as esferas de poder e na relevância dada ao aspecto hermenêutico do processo, que possibilita, além de uma garantia do cidadão, uma possibilidade de construir a decisão como a resposta do direito ao caso, e não como a resposta da jurisdição.

PARTE II

PROCESSO COMO LINGUAGEM E FENÔMENO CULTURAL: como a teoria geral do processo pode(deve) dialogar com a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) e a hermenêutica filosófica na convergência entre a fundamentação e o contraditório no devido processo legal

(4) O PROCESSO COMO LINGUAGEM E SUAS DIMENSÕES: NORMATIVA, EPISTEMOLÓGICA, CULTURAL E HERMENÊUTICA (4.1)

A ruptura da dimensão autoritária para o surgimento das novas dimensões do processo (4.1.1) A dimensão normativa e epistemológica do processo (4.1.2) A dimensão cultural e hermenêutica do processo (4.2) Do processo como método ao processo como linguagem na Era do Pós-positivismo hermenêutico (4.2.1) Alguns aspectos do papel da hermenêutica filosófica no processo como linguagem: investigação, argumentação, participação, imersão nos fatos e tradição (4.2.2) Quebramento do esquema sujeito-objeto para o paradigma da linguagem no direito processual

(5) A CONVERGÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: da autoridade jurisdicional à autoridade hermenêutica do processo (5.1) O contraditório e a fundamentação projetados sob espiral hermenêutico (Hermeneutische Zirkel) no, e pelo processo (5.1.1) A imersão da jurisdição ao processo pelo exercício do contraditório (5.1.2) Acoplagem da fundamentação ao contraditório no devido processo legal para a construção de um processo democrático e hermenêutico (5.2) O juiz como ser-no-processo (5.2.1) O dever de imparcialidade do juiz ser-no-processo (5.2.2) No processo, a autoridade da jurisdição deve ser relativa: o abandono do juiz soberano e dono do processo para o juiz partícipe e diretor da produção processual

(5.1) O contraditório e a fundamentação projetados sob espiral hermenêutico (Hermeneutische Zirkel) no, e pelo processo (5.1.1) A imersão da jurisdição ao processo pelo exercício do contraditório (5.1.2) Acoplagem da fundamentação ao contraditório no devido processo legal para a construção de um processo democrático e hermenêutico (5.2) O juiz como ser-no-processo (5.2.1) O dever de imparcialidade do juiz ser-no-processo (5.2.2) No processo, a autoridade da jurisdição deve ser relativa: o abandono do juiz soberano e dono do processo para o juiz partícipe e diretor da produção processual

[...] “Tem toda a razão — retorquiu o inspector, entretido a contar os fósforos que se encontravam na caixa. — No entanto, por outro lado — prosseguiu K., voltando-se ao mesmo tempo para todos os presentes e procurando, debalde, conseguir que os três jovens que examinavam as fotografias lhe prestassem atenção —, o caso não pode ter uma importância por aí além. Chego, por conseguinte, à conclusão de que sou acusado e, todavia, não consigo encontrar a mínima falta a que possam lançar mão para me acusar. Mas isto também é de somenos. A questão principal é esta: por quem sou eu acusado? Qual é a autoridade que dirige este processo? Os senhores são funcionários” Nenhum tem uniforme, a não ser que se queira, dar esse nome ao fato que aquele senhor enverga — continuou, voltando-se para Franz — mas, na verdade, parece-me mais um traje de viagem. Exijo, pois, que me respondam a estas perguntas. Estou convencido de que após essa explicação rios poderemos despedir da maneira mais cordial. O inspector entornou a caixa de fósforos por cima i mesa. - O senhor labora num grande erro — disse. — Estes senhores e eu temos tido seu caso um papel absolutamente secundário. De facto, quase nada sabemos a seu

respeito. Poderíamos envergar os mais regulamentares de todos os uniformes, que isso em nada tornava o seu caso pior; Também não posso afirmar de maneira categórica que o tenham acusado, ou melhor; ignoro-o. O que é verdade é que o senhor está preso, é tudo quanto sei. talvez os guardas se tenham posto a papaguear coisas diferentes, mas, se, assim foi, o que disseram não passa de conversa barata. No entanto, embora eu não responda às suas perguntas, estou à altura de lhe dar um conselho: pense menos em nós e mais no que lhe irá acontecer; pense mais em si. Além disso, não faça um tal alarido a protestar a sua inocência, pois isso desfaz logo a impressão razoável que o senhor está a causar; Acima de tudo, o senhor devia ser mais moderado nas suas palavras, pois quasetudo quanto disse há pouco, e não passou de meia dúzia de palavras, poderia ter sido tomado como um reflexo do seu comportamento. Além disso, tal atitude está muito longe de o ter favorecido.”. [...]³

Trecho da obra, O Processo, de Franz Kafka.⁴

4 O PROCESSO COMO LINGUAGEM E SUAS DIMENSÕES: NORMATIVA, EPISTEMOLÓGICA, CULTURAL E HERMENÊUTICA

O garantismo, sob uma visão convergente, elaborada por Luigi Ferrajoli, mostra-se em três significações, quais sejam: (i) teoria normativa que rege as garantias individuais dos cidadãos perante o Estado, minimizando a violência para maximizar a liberdade; (ii) teoria jurídica de validade e efetividade das leis a qual valoriza o aspecto material em detrimento do aspecto formal como meio de realizar uma crítica à divergência existente entre os modelos normativos garantistas e as práticas operacionais não-garantistas e, por fim, (iii) filosofia política de justificação do direito em suas dimensões ontológicas e deontológicas, que diferencia validade e justiça. Quando justapostas, tais semânticas representam muito mais do que os limites de ação (atuação) do Estado perante os cidadãos, limites estes, dados pelo constitucionalismo. O que este conceito substancialmente revela são as circunstâncias para que os cidadãos exerçam seus direitos, protegidos por limites impostos ao Estado pela Constituição.

Nesse esteio, o processo simboliza as condições de possibilidades para o desenvolvimento democrático e hermenêutico do Direito, assim como a emancipação dos atores sociais perante o Estado. Porém, a arquitetura metafísica e racionalista do processo que o concebe como um método, lógico e universal, que promete encontrar a verdade dos fatos do mundo em choque com o direito (objeto) pela consciência do intérprete (sujeito), precisa ser

3 KAFKA, Franz. O Processo. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pág. 11.

4 A introdução de cada uma das três partes em que foi dividida esta dissertação contém um trecho da obra literária, O Processo, de Franz Kafka, para provocar reflexões sobre a importância do direito processual, da hermenêutica nessa disciplina, bem como das formas de construção de vínculos de constrangimento do poder e quebraamento da autoridade da jurisdição na aplicação do direito no, e pelo processo.

definitivamente superada para que o processo seja a própria materialização existencial do direito e se alinhe de fato à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) das ciências sociais e da filosofia.

Entretanto, se, por um lado, o garantismo processual dissolve o autoritarismo jurisdicional por uma postura justificadora do direito, por outro, o processo, enquanto instituto jurídico da mais alta resplandecência em um sistema democrático, para exercer seu predomínio na decisão judicial, carece de meios substanciais de constranger a subjetividade de todos os atores processuais e de alternativas para realizar a mediação entre as múltiplas dimensões que coexistem nesse contexto. Nesse sentido, o processo, na trilogia estruturante do direito processual reclama maior espaço e força perante os arquétipos de poder focados nos sujeitos. Para tal, seus cânones conceituais precisam estar em conformidade com o fato de que: não deve existir autoridade subjetiva no processo, mas, sim, uma autoridade hermenêutica que contemple a intersubjetividade dialógica estruturada sob critérios.

Dessa forma, para realizar a tarefa de redefinir o processo, em seus signos e em seus significados, é imprescindível justapor este instituto à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) cuja importância para a filosofia representa um terceira fase do pensamento humano, ou seja, a escalada de estágios que revolucionou a ideologia filosófica do homem pode ser observada em três fases distintas: em um primeiro momento, fundada no paradigma da filosofia do ser, passando para o paradigma da filosofia da consciência e, por fim, culminando no paradigma atual da filosofia da linguagem. No entanto, tal ponto de virada filosófica deve influenciar o processo de interpretação, compreensão e aplicação do Direito de modo consentâneo.

Diante disso, admitir a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) não como uma nova forma de conceber teorias da interpretação, mas como um novo paradigma da filosofia e das ciências sociais, demonstra o complexo trabalho de transformar a epistemologia da interpretação em uma autêntica ontologia da compreensão. Por conseguinte, Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 26-27) expressa de modo preciso e robusto o significado desse marco do desenvolvimento filosófico, bem como o contexto em que se deu a quebra desse paradigma milenar do esquema sujeito-objeto para o *standard* da linguagem:

Desde o Crátilo de PLATÃO, escrito presumivelmente no ano de 388 a.C., a Filosofia baseava-se na idéia de que o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas. Acreditava-se que por meio da linguagem o sujeito se conectava ao objeto, porque esta expressava sua essência. [...] Segundo esta tradição filosófica, existia um mundo “em si” refletido pelas palavras (filosofia

do ser) ou conhecido mediante atos de consciência e depois fixado e comunicado aos outros por meio da linguagem (filosofia da consciência). A linguagem, portanto, não era condição do conhecimento, mas um instrumento de representação da realidade tal qual ela se apresentava e era conhecida pelo sujeito cognoscente. [...] Em meados do século passado, houve uma mudança na concepção filosófica do conhecimento, denominada de giro-lingüístico, cujo termo inicial é marcado pela obra de LUDWIG WITTGENSTEIN (*Tractatus lógico-philosophicus*). Foi quando a então chamada “filosofia da consciência” deu lugar à “filosofia da linguagem”. De acordo com este novo paradigma, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Não existe mais um mundo “em si”, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta. Só temos o mundo e as coisas na linguagem; nunca “em si”. Assim, não há uma correspondência entre a linguagem e o objeto, pois este é criado por ela. A linguagem, nesta concepção, passa a ser o pressuposto por excelência do conhecimento.

Em síntese, a virada ontológico-lingüística (*linguistic turn*) representa um novo ambiente e uma nova fisionomia para o modo de conceber a verdade, o conhecimento e a interpretação. Em outras palavras, o lugar e a forma de se construir a compreensão do mundo se dá na, e pela linguagem. Diante desse contexto, a linguagem não é mais a representação da realidade, mas, a própria condição de possibilidade da existência. Porém, uma das consequências desse giro ontológico-lingüístico refere-se ao papel que a hermenêutica ocupa nesse sistema.

Para o processo, este marco evolutivo do pensamento caracteriza a não existência de cisão entre o conteúdo do processo e seu resultado. Contudo, a posição que o intérprete ocupa na atual conjuntura da teoria do processo o coloca em posição de avaliar a linguagem produzida por meio de sua consciência, quando o correto deveria ser que este sujeito estivesse imerso ao processo enquanto linguagem para participar da construção da decisão. Assim sendo, para modificar essa lógica, o processo precisa se reinventar como um espaço em que as subjetividades são dissolvidas pela força da linguagem, separando a função de autoridade jurisdicional da sua função hermenêutica, pois, não há juiz maior que nenhum texto, assim como não há autoridade maior que a força hermenêutica e argumentativa do devido processo legal.

Isso posto, a hermenêutica ganha significativa dimensão na configuração do processo consentâneo ao Estado Democrático de Direito. Reconhecida esta importância, é preciso remontar o estudo da hermenêutica, cujo afloramento na modernidade se deve a Friedrich Schleiermacher (1768-1824), considerado o pai da hermenêutica moderna e responsável por contribuições como: o círculo hermenêutico e a autonomia deste campo do conhecimento. Posteriormente, com Wilhelm Dilthey (1833-1911), a hermenêutica foi elevada ao *status* de

metodologia da *Geisteswissenschaften* (ciências do espírito e das humanidades), com o reconhecimento da importância da historicidade para este campo do saber, bem como o alargamento de seus horizontes. Entretanto, foi somente em Martin Heidegger (1889-1976) que a hermenêutica ocupou um novo lugar, abandonando seu posto na filosofia da consciência, para, de fato, tornar-se um modo de investigação ontológico e uma maneira de filosofar para além da consciência (DILTHEY, 1984) (GADAMER, 1997) (HEIDEGGER, 2003) (HEIDEGGER, 2005a) (PALMER, 2014) (SCHLEIERMACHER, 2006).

A hermenêutica em Heidegger é ampliada do nível de interpretação dos textos para a compreensão da facticidade e da existência do *Dasein* (ser-aí), ou, o Ser no mundo. Em outras palavras, o filósofo alemão propõe a separação do ser e dos entes, ao que chama de diferença ontológica, e defende que a compreensão do homem só se dá em si mesmo para então compreender o seu "Ser", ou seja, realizando o círculo hermenêutico (*Hermeneutische Zirkel*). Nesse sentido, "o filósofo da floresta negra" quebra o paradigma anterior, segundo o qual, interpreta-se primeiramente, para, posteriormente compreender (da consciência para o mundo), e propõe a inversão radical desse teorema hermenêutico, concebendo a compreensão como a projeção de possibilidades da interpretação (linguagem). Assim, a interpretação é o momento discursivo-argumentativo em que se discute a respeito dos entes a partir da noção, ou da compreensão que se tem previamente sobre seu "Ser". Dessa forma, o filósofo alemão contempla um modo de filosofar na, e pela linguagem, concebendo a chamada hermenêutica fundamental ou filosofia hermenêutica (STEIN, 1996) (STRECK, 2014, p. 214-215).

Para corroborar tal entendimento, a título ilustrativo, apresenta-se uma passagem, extraída da obra "*Sein und Zeit*" (Ser e Tempo), de Heidegger (2005a, p. 227-228), na qual se utiliza o termo "pre-sença", para representar o ente do homem, ou o Ser no mundo (*Dasein*). Dessa forma, tem-se a ideologia da hermenêutica fundamental ou a filosofia hermenêutica proposta pelo filósofo:

O discurso, na maior parte das vezes, se pronuncia e já sempre se pronunciou. É linguagem. Nos pronunciamentos, compreensão e interpretação já estão sempre presentes. Como pronunciamento, a linguagem guarda em si uma interpretação da compreensão da pre-sença. Assim como linguagem, também essa interpretação não é algo simplesmente dado, mas o seu ser contém em si o modo de ser da pre-sença. Dentro de certos limites e imediatamente, a pre-sença está entregue a interpretação, na medida em que essa regula e distribui as possibilidades de compreensão mediana e de si a disposição. Na totalidade de suas estruturações de significado, o pronunciamento preserva uma compreensão do mundo que se abriu e, de maneira igualmente originária, uma compreensão da co-pre-sença dos outros e do próprio ser-em. A compreensão que, assim, já se acha inserida no pronunciamento refere-se tanto a descoberta dos entes já estabelecidos e herdada como a cada compreensão do ser e às possibilidades e horizontes disponíveis para novas interpretações e novas

articulações conceituais. Muito mais do que uma simples indicação do fato dessas interpretações da pre-sença, cabe agora questionar o modo de ser existencial do discurso que se pronuncia e já se pode ser concebido como algo simplesmente dado, qual é então o seu ser e o que diz, em princípio, sobre o modo de ser cotidiano da pre-sença? O discurso que se pronuncia é comunicação. A tendência ontológica que se pronuncia é fazer o ouvinte participar do ser que se abriu para o referencial discursado no discurso.

Assim, é clarividente que, para Heidegger, a compreensão precede a interpretação, sendo que tais fenômenos ocorrem na, e pela linguagem, ao que o filósofo denomina o lugar de morada do “ser”, que vela (esconde) e desvela (mostra) o “ser” a cada espaço de tempo, de acordo com sua historicidade (HEIDEGGER, 2003) (HEIDEGGER, 2005a).

Posteriormente, Gadamer propõe a ampliação do uso da hermenêutica de uma maneira construtiva, colocando o problema hermenêutico em um prisma filosófico e não procedimental. Assim, para esse filósofo, a hermenêutica não tem a tarefa de desenvolver o procedimento da compreensão, mas, sim, promover as condições sob as quais surge a compreensão, isto é, ser mediadora da linguagem que revela a compreensão. Portanto, nunca é possível compreender algo plenamente, uma vez que a historicidade e a parcela do "Ser" que se esconde, guardam sentidos que nunca serão revelados pela consciência, diante disso, a compreensão se dá na parcela do Ser que se revela no ente, sempre por meio da linguagem. Segundo Gadamer: "o Ser que pode ser compreendido é linguagem", assim, a hermenêutica filosófica realiza esse fio condutor de extrair da linguagem os sentidos (GADAMER, 1997).

Com efeito, é imprescindível reconhecer a essencialidade da linguagem para que as possibilidades de apropriação do mundo pelo homem somente possam ocorrer na fração em que este se revela na, e pela linguagem. Desse modo, têm-se as ideias de Gadamer (2002, p. 643) que condicionam e reforçam tal pensamento:

A linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente têm mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo, numa forma sob a qual não tem existência para nenhum outro ser vivo, nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída linguisticamente. Esse é o verdadeiro miolo de uma frase expressada por Humboldt com outra intenção, a de que as línguas são acepções do mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que a linguagem afirma, face ao indivíduo pertencente a uma comunidade linguística, uma espécie de existência autônoma, e que introduz o indivíduo, quando este nela cresce, numa determinada relação com o mundo e num determinado comportamento com relação a ele. Porém, mais importante ainda é o que subjaz essa assertiva: que a linguagem não afirma, por sua vez, uma existência autônoma, face ao mundo que fala através dela. Não somente mundo é mundo, apenas na medida em que vem à linguagem o a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A humanidade originária da linguagem significa, pois, ao mesmo tempo, a lingüisticidade originária do estar-no-mundo do homem. Teremos de perseguir um pouco mais a relação de linguagem e mundo, se quisermos ganhar um horizonte adequado para lingüisticidade da experiência hermenêutica.

Dessa forma, o discurso revela as possibilidades da interpretação do que se chama de pré-compreensão, para posteriormente, revelar-se na, e pela linguagem o resultado dos sentidos que foram postos à discussão. Assim, os fatos somente constituem-se e desvelam-se em meio à linguagem que os condiciona, possibilitando, por meio da hermenêutica, sua compreensão. Esta mesma ideologia se aplica ao processo cuja situação hermenêutica necessita extrair sentidos do seu objeto (o direito em choque com a realidade), a partir da facticidade trazida à discussão, mediada pelos argumentos intersubjetivos de todos os atores envolvidos, em que o juiz deve se comportar como um ser-no-processo e não o dono da autoridade deste. No entanto, a produção desses sentidos é guiada por elementos normativos, epistemológicos, culturais, e, principalmente, elementos hermenêuticos que regem a construção jurídica processual.

Não há dúvidas de que o ponto de contato entre processo e linguagem repousa no fato de que ambos são complexos processos comunicacionais fixados em gramáticas (regras condicionais de existência e operabilidade) e que representam o fenômeno comunicacional. Diante disso, o processo pode ser observado como um tipo de linguagem artificial, dotada de um complexo sistema de regras, ou uma gramática própria. Por conseguinte, mesclar os elementos constituintes da hermenêutica filosófica (substância) com o escopo garantista do processo (forma) representa um novo modo de ser para este instituto, e conseqüentemente uma nova inter-relação deste com a decisão judicial. Porém, é importante desvelar as dimensões que tornam o processo uma linguagem e apresentar formas de desconstruir a dimensão autoritária que rege a aplicação do direito, bem como superar o teorema sujeito-objeto fundado no método para promover o processo como linguagem e o lugar permanente de construção e reconstrução do direito pelos intérpretes legitimados.

4.1 A ruptura da dimensão autoritária para o surgimento das novas dimensões do processo

Dadas as condições para o processo ser concebido como linguagem, faz-se necessário desconstruir um dos maiores obstáculos para tal concepção: a dimensão autoritária do processo e sua influência na decisão. Entretanto, o vácuo deixado pela ausência da autoridade diante de hipercomplexidade social, da crescente possibilidade do processo ser um

centro de exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito e da indeterminação do direito enquanto conceito hermenêutico em transformação, faz surgir várias dimensões para ocupar o papel de conduzir o processo de aplicação do direito.

Todavia, o processo brasileiro, seja ele penal, civil ou até mesmo a jurisdição constitucional, em decorrência de sua formação histórica, é marcado severamente por um traço autoritário, resultante das relações econômicas, sociais e culturais que influenciaram o modo de ser do direito. Nesse sentido, somente após a Constituição Federal de 1988, houve um feixe de luz sobre este estigma que, de fato, pode ameaçar desconstituir essa pedra fundamental do processo pátrio. Conseqüentemente, com o Código de Processo Civil de 2015, mais um passo foi dado para essa definitiva ruptura, contudo, mesmo na era contemporânea, com o primeiro código de processo instituído sob um regime democrático, vários são os exemplos que determinam o nosso sistema processual ainda como um modelo autoritário.

Em comentários sobre o Código de Processo Civil de 1939, Moacyr Amaral Santos (1960, p. 33) traz as seguintes ideias sobre o processo autoritário:

Na verdade, por processo autoritário se qualifica aquele em que predomina o princípio da autoridade. "Trata-se — escreve CALAMANDREI, reagindo contra as tendências do legislador italiano — de projetar no campo do processo aqueles princípios em que se inspira o ordenamento constitucional do Estado: porque no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário transplantado para o processo significa logicamente reforçamento dos poderes do juiz". Exatamente com esse sentido, ou seja "porque a justiça é o Estado e o Estado é a justiça", e na administração desta requer-se "cada vez mais o uso da autoridade pública", o ministro brasileiro qualificava de autoritário o Código que nos ofertava, justificando a adjetivação ao ressaltar que "o primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria de ser a função que se atribui ao juiz" O juiz brasileiro, portanto, na consonância da orientação do Estado instituído e da doutrina que preconizava para o processo civil, deveria ser um juiz autoritário.

Assim, devido às influências dos códigos processuais italianos do período do fascismo, bem como das influências alemãs sobre direito processual no período do nazismo, o processo brasileiro tem um passado fortemente ligado ao modelo autoritário de condução e de decisão do processo. Inclusive, a feição autoritária do Código de 1939 é exaltada como uma qualidade do instrumento normativo, conforme a citação acima. Em outro trecho, Moacyr Amaral Santos (1960, p. 34) reforça este traço e retrata o peso que a autoridade da jurisdição detinha naquele arquétipo de processo, assim como evidencia toda essa soberania autoritária que era depositada exclusivamente na figura do juiz:

Essa era a natureza do juiz alemão, naquelas conturbadas e angustiosas horas da história da humanidade. Qualquer cerceamento de poderes "é indigno de um juiz — juiz-rei, independente, tal como o quer o nacional-socialismo", — doutrinava

BERNHARDT. Ali o juiz deveria ser e era o Führer do processo, no sentido de que — na linguagem do nosso MACHADO GUIMARÃES — "é um representante soberano e ativo da lei, no intuito de assegurar a paz social, e, portanto, um dos mais importantes executores da vontade do Führer" Transmite-nos COUTURE a notícia de que ROTHENBERGER chegara a sustentar que "se um cidadão se dirige ao Führer para reclamar contra uma sentença, deve ser exercido por parte do Estado um verdadeiro recurso hierárquico sobre o juiz, com o fim, ou de persuadir o recorrente de que a sentença é justa, ou de fazer compreender o juiz as desagradáveis repercussões políticas que a sua decisão poderia ter".

Nessa lógica, o primeiro código de processo civil, aprovado em nível nacional em 1939, durante um regime não-democrático, detinha essas características fortemente presentes em sua composição. Destarte, o Código de Processo Civil de 1939 também marca a unificação da legislação processual sob um mesmo instrumento normativo, dados os problemas ocorridos com multiplicidade dos códigos instituídos por cada estado da federação. Tal fenômeno também ocorreu no âmbito do direito penal, com o Código de Processo Penal de 1941, que também detém fortes traços inquisitivos e autoritário. Essa unificação, à época, foi justificada como forma de concentrar a autoridade jurisdicional para dirimir conflitos entre normas, porém, tal justificativa serviu de pano de fundo para perpetuar o autoritarismo subjetivo, ou seja, além de conjecturar um único Código de Processo Civil para todo o território nacional, o que se justificava, também se aproveitou para ampliar os poderes dos juízes nesse sistema como forma de fortalecer a atuação do próprio Estado.

Assim, até 1939, o autoritarismo presente no código de processo, além de um traço social e cultural da sociedade da época, possuía também a intencionalidade de ser autoritário e combater a concepção liberal de processo para promover uma intervenção ativa do Estado mediante um papel exarcebadaamente protagonista do juiz (MARTIN, *apud.* PICARDI; NUNES, 2011, p. 97). Nesse linha de pensamento, a transcrição, a seguir, de D. Nunes e N. Picardi (2011, p. 97), deixa claro esta intencionalidade de valorizar o autoritarismo como uma garantia de se alcançar justiça:

Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, CALAMANDREI adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum a prevalência do interesse social sobre o interesse individual. Ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar a mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça".

Dessa forma, o Código de 1939 posicionava a justiça e o Estado em lugares comuns, com um se confundindo com o outro. Posteriormente, com o Código de Processo Civil de

1973, que vigorou até 2015, não foi diferente. Apenas algumas pontuais mudanças flexibilizaram a autoridade jurisdicional, porém, é importante ressaltar que tal código também surgiu em um período antidemocrático, a Ditadura Civil-militar (1964–1983). Este código é marcadamente influenciado por Erico Túlio Liebman e suas contribuições. Nesse sentido, o relator do projeto foi Alfredo Buzaid, discípulo de Enrico Túlio Liebman, que tratou de materializar as influências de seu mestre, bem como tentar promover correções ao antigo Código de 1939. Diante desse contexto, o Código de Processo Civil de 1973, apesar da técnica apurada, também continha elementos autoritários, o que, de certa forma, amplia a distância entre os magistrados e os jurisdicionados, marca do instrumentalismo processual, pois, diante do *déficit* de educação e cultura da sociedade brasileira, as disputas judiciais eram algo para as elites. Soma-se isso ao fato de que a pouca difusão das técnicas processuais concentrava o poder de operacionalizar o processo nas mãos dos juízes e de poucos advogados, o que também é uma forma de autoridade e de suplantar a participação e a igualdade de forças.

Antes de abordar o Código de Processo Civil de 2015, é de fundamental importância retomar a Constituição Federal de 1988, pois, com a promulgação da Carta Magna, todo o ordenamento jurídico revolucionou-se, sendo que, ainda nos dias atuais, é possível sentir tais efeitos. Pois bem, a Constituição de 1988 marca o surgimento de um Estado garantista com a promoção de vários direitos fundamentais, inclusive, direitos fundamentais relativos ao processo. No entanto, os *standards* processuais, como: o amplo acesso à justiça; o direito de ação; o direito à ampla defesa e ao contraditório; o direito ao devido processo legal; o direito dos jurisdicionados a exigir, e o correspondente dever do Estado de promover, a fundamentação em todas as decisões judiciais; bem como o artigo 3º da CF de 1988 que coloca como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades e várias outras garantias, ainda não atingiram *status* de parte essencial e orgânica do processo. Assim, apesar de todo este escopo normativo deter o papel de influenciar a criação e a prática de um processo de aplicação do direito mais democrático e menos autoritário, tal circunstância ainda não acontece de modo amplo e pragmático, principalmente, quando se fala sobre o autoritarismo da jurisdição perante a decisão judicial.

Nessa linha argumentativa, a cultura jurídica brasileira, bem como os demais sistemas normativos anteriores à Constituição ainda resplandecem o autoritarismo soberano,

histórico e cultural da jurisdição. Entretanto, com o Código de Processo Civil de 2015, inaugura-se um novo marco ideológico do processo, em que os juízes têm o dever de promover o contraditório (art. 9º e 10º), de garantir a participação dos atores envolvidos (art. 6º) e serem deferentes (anuentes) ao direito jurisprudencial (arts. 10º; 489, 926 e 927), assim como têm o compromisso de participarem da argumentação processual.

No entanto, mesmo com a democratização do país, a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015, o traço autoritário do processo ainda se faz presente em vários pontos. Nesse sentido, todos os atos do juízes são dotados de caráter decisório e o contrário também é válido, todas as decisões são sobrecarregadas de autoridade (arbitrariedade e subjetividade). Dessa forma, o peso do contraditório, da produção probatória bem como dos argumentos das partes é valorado somente no momento da decisão, sem comprometimento com o processo, ou seja, a consciência do julgador prevalece sobre a linguagem.

De acordo com esta linha investigativa, no Código de Processo Civil de 2015, os juízes são dotados de amplos poderes no processo, tanto na direção e na condução do procedimento quanto nos momentos decisórios. Dentre os institutos mais marcantes desse autoritarismo, destacam-se: a equivalência entre pronunciamentos do juiz e conteúdos decisórios (art. 203), sem impor constrangimentos da autoridade hermenêutica do processo sob a autoridade subjetiva da jurisdição; o convencimento em relação à tutela provisória e em relação às provas (art. 298 e art. 307), que, apesar de as duras penas terem ceifado o vocábulo livre, ainda representa uma desproporcional autoridade da jurisdição que se sobrepõe de modo inadequado ao devido processo legal.

Feita essa digressão histórica sobre o traço autoritário do sistema processual brasileiro, bem como a dificuldade de mudar esta prática, conforme o tímido avanço legislativo em várias décadas, observa-se que o marco atual o qual fundamenta a ideologia do processo caminha em outra direção. O paradigma filosófico que subverteu a filosofia da consciência para revelar a filosofia da linguagem impõe ao processo novos rumos epistemológicos. A filosofia hermenêutica de Gadamer assim como o garantismo processual de Ferrajoli têm o condão de redimensionar as forças que regem o processo e principalmente a força que este exerce sobre a decisão.

O tipo de sociedade e de democracia atual exigem uma jurisdição mais argumentativa e menos autoritária. A hipercomplexidade das causas exige um processo mais expansivo e participativo, inclusive com diálogos institucionais e intersetoriais. A autoridade

jurisdicional deve ser moderada e utilizada pontualmente para conduzir e acomodar o processo, embora tal autoridade não deva prevalecer sobre a construção argumentativa que revela uma autoridade hermenêutica do processo, da qual a jurisdição é partícipe.

Nesse sentido, a intersecção entre o garantismo e a hermenêutica filosófica produzem um tipo de processo que contempla a participação como forma de exercício de liberdade e de igualdade dos cidadãos perante o Estado, bem como uma permanente (re)construção do direito na, e pela linguagem. Portanto, todo este contexto estabelece que o processo deve abandonar a autoridade para promover outros valores ideológicos, quais sejam: a normatividade (valor dos textos), a epistemologia (valor do aspecto cognitivo, conhecimento), a cultura (realidade dos fenômenos sociais) e a hermenêutica (interpretação como mediadora da linguagem), cada qual em uma determinada função que dá ao processo nova conceituação e definição, reformulando seus signos e significados.

De fato, a filosofia da linguagem rompe com a autoridade subjetiva dos intérpretes envolvidos no processo judicial. Contudo, outras forças se incorporam a este instituto no exercício de torná-lo um dos valores do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, concebe-se o processo como linguagem em quatro dimensões, quais sejam: (i) a dimensão normativa, que dá juridicidade ao jogo de linguagem e garante que a legalidade e o texto constitucional sejam o guia para a construção jurídico-processual; (ii) a dimensão epistemológica, que dá ao processo seu norte e conduz este sob o eixo da verdade e da facticidade, fortalecendo os meios de se produzir a verdade dos fatos no, e pelo processo com garantias de participação e argumentação, confluindo o contraditório e a fundamentação em um só produto; (iii) a dimensão cultural, que contempla a participação dos sujeitos e possibilita que a minuciosidade da cada caso concreto seja fundamental para a criação do direito, fazendo a intersecção entre cultura e processo, e, por fim, (iv) a dimensão hermenêutica, que cria as condições para que coexistam as demais dimensões e possibilita interpretação do direito no, e pelo processo, funcionando como mediadora da linguagem que faz submergir os atores processuais e as subjetividades (discricionariedades) perante a autoridade hermenêutica construída no processo, produzindo como resultado uma decisão jurídica justa e democrática.

Diante desse contexto, é possível almejar a ruptura da dimensão autoritária do processo para dar lugar às novas dimensões, elevando o processo de relação desenvolvida por meio de um procedimento em contraditório, característica de um método subjetivo de incorporar facticidade à consciência do sujeito, para se tornar um tipo de linguagem que se

desenvolve intersubjetivamente, produzindo uma decisão ao final, desvelando as subjetividades na, e pela linguagem.

4.1.1 A dimensão normativa e epistemológica do processo

As primeiras dimensões que possibilitam a composição do processo como linguagem são as dimensões normativas e epistemológicas. Tais dimensões, apesar de poderem ser observadas e desenhadas individualmente, apenas projetam um arquétipo de processo em forma de linguagem, se funcionarem harmonicamente com papéis bem distribuídos e pormenorizados. As linhas investigativas que culminaram neste ponto do estudo demonstram que o processo como um procedimento em contraditório deixa a impressão de que quaisquer conflitos, inseridos nessa cadeia de atos preordenados, irão emergir resolvidos ao seu final pela consciência do intérprete, o que é falso, pois tal definição não revela o aspecto indeterminado do fenômeno processual e seu caráter linguístico. Da mesma forma, a concepção do processo como uma relação jurídica abrevia as diversas relações que se desenvolvem no interior do processo, ignorando a posição dinâmica que cada sujeito ocupa nessa estrutura, bem como não possibilita considerar as relações derivadas e periféricas desenvolvidas no interior da estrutura processual. Portanto, o processo como produtor de enunciados jurídicos (decisões judiciais) que resolve conflitos, pauta-se em eixos, dentre os quais, primeiramente, destacam-se: o eixo normativo e o eixo epistemológico.

Dito isto, a primeira dimensão a ser investigada é a normativa. Pois bem, o próprio marco político, social e jurídico das sociedades contemporâneas, denominado Estado Democrático de Direito, já carrega em si o peso da normatividade, dos textos jurídicos e dos princípios. Em outras palavras, os textos jurídicos produzidos por fontes sociais, válidas em conformidade com a Constituição, desenham um sistema de normas (regras e princípios) que são meios de os cidadãos realizarem seus direitos fundamentais, porém, quando há dúvidas ou conflitos sobre tais direitos, o processo é a garantia constitucional dos jurisdicionados que lhes possibilita a busca por sua concreção.

Além disso, o direito posto (positivado) pode ser concebido como uma teia de normas (prescrição de condutas) que, de modo deontológico, ambiciona antever os problemas de uma específica comunidade, prescrevendo soluções para os fenômenos considerados relevantes para o direito. Entretanto, a hipercomplexidade dos dilemas sociais extrapola a

prescrição do direito e projeta um tecido jurídico-social de comportamento dinâmico e imprevisível, criando uma malha autoexpansiva que impossibilita a teia normativa de envolver este sistema sem deixar fissuras. Portanto, a junção dessa teia prescritiva deontológica à malha social da vida prática revela o prisma ontológico do direito, ou seja, este fenômeno evidencia zonas expostas nas quais o direito precisa produzir normas por meio do processo para encobri-las, realizando um autêntico metabolismo normativo. Dessa forma, o processo produz norma (decisão jurídica), por meio de normas (regras do jogo) e a partir de normas (direito positivo), em um movimento helicoidal. Entretanto, a dimensão normativa do processo não é apenas sobre esse espiral autopoietico responsável pelos algoritmos que limitam a linguagem, mas é também um palco especial em que os atores exercem direitos fundamentais processuais para alcançarem seus supostos direitos, por vias legítimas (HABERMAS, 1997a, p. 48–49) (HABERMAS, 1997b, p. 170) (LUHMANN, 1983) (LUHMANN, 1985).

Com efeito, é importante ressaltar que o direito não existe por completo apenas nos textos, a norma textual é sua gênese, mas, quando esse sistema normativo pré-estabelecido se colide com a realidade social, o processo é o sistema comunicacional responsável por dar vida e continuidade à existência do direito, transformando-o e adequando-o perante a facticidade, ou nas palavras de Habermas (1997a), proceder da facticidade para a validade. Assim, o processo representa tanto uma garantia dos cidadãos, quanto um ambiente de criação e adaptação do direito à realidade. Nesse sentido, o eixo normativo do processo pode ser compreendido como o respeito aos textos legislados, com a construção contínua do direito jurisprudencial, bem como um conjunto de direitos os quais permitem que qualquer pessoa busque direitos, exercendo direitos, não apenas como um pedido destinado a uma autoridade, ocupando nesse cenário uma posição estática na cadeia procedimental, mas, sim, sendo proativo na linguagem processual e participe da construção da decisão judicial (HABERMAS, 1997) (KAUFMANN, 2010) (LARENZ, 1983) (MÜLLER, 2013).

Todavia, o modelo defendido pela teoria clássica do processo, pensado enquanto procedimento, não reforça esse aspecto dinâmico e indeterminado do processo. Por outro lado, o processo no qual é permitido a ampla participação dos envolvidos, inclusive no que diz respeito a decisão, propiciando a criação de uma esfera de diálogos, responsável por efetuar um espiral autopoietico que cria normas, por meio de normas e a partir de normas, apresenta-se mais preparado para a realização desse empreendimento democrático e hermenêutico. Nesse entendimento, Luhmann (1983, p. 178) defende o processo consentâneo

a esta concepção de palco e lugar de criação, afirmando, a respeito do tema, que:

No conceito do processo acentuou-se o aspecto processual em si, a concepção de um encaminhamento ordenado. Essa acentuação do caráter sucessivo aproxima-se, porém, da banalidade. O que é interessante e relevante no processo, enquanto conquista evolutiva, é sua estrutura como sistema social. Os procedimentos são sistemas sociais orientados a curto prazo, constituídos tendo em vista um fim, aos quais são atribuídas funções especiais de elaboração de decisões vinculativas — ou seja, não devem ser confundidas um tipo de sistema genericamente disponível e muito menos com o direito processual. Cada processo, enquanto sistema temporário de interação, pode ser especificado funcionalmente, mas também diferenciado e estabelecido com autonomia relativa. Com isso ele adquire possibilidades próprias e uma temática também própria, com regras especiais sobre a relevância ou irrelevância, assumindo, nesses limites, uma margem de possibilidades, a correspondente incerteza e uma história própria que absorve essa incerteza. Diferentemente das outras ações jurídicas de procedimento processual, um processo só existe quando há incerteza sobre sua conclusão, a qual é superada através dele mesmo enquanto processo decisório seletivo. Isso implica em limites à relevância. O que é válido no mundo, não vale necessariamente no processo; ele precisa ser “introduzido” no processo. *Qvod non est in actis, non est in mundo.*

Diante desse contexto, é perceptível que o processo não é sobre generalizações e que a aplicação do direito não se dá por meio de subsunção, mas, sim, o processo é sobre o ambiente de criação e adaptação do direito já em colisão com a realidade, bem como palco formal de comunicação dos cidadãos com o Estado. Portanto, os direitos fundamentais relativos ao processo, além de constituírem garantias substanciais de participação, permitem que tais participantes atuem em igualdade e liberdade no, e pelo processo. Por outro lado, o eixo normativo do processo enquanto linguagem também possui garantias formais, as quais consistem em regras de condução da conversação processual a partir dos textos e dos limites à percepção do direito, isto é, o processo acontece a partir dos textos, sendo limitado por eles, preservando a autonomia do direito, criando um verdadeiro campo gravitacional normativo que o protege contra influências morais, políticas, econômicas e dos demais sistemas sociais.

A dimensão epistemológica, ou cognitiva, do processo, diz respeito ao reconhecimento da artificialidade do direito e considera que os fatos transportados para sua esfera de domínio são aproximações reconstrutivas da verdade. Assim sendo, diante da abstração e da intangibilidade da verdade real, esta ideologia é abandonada para dar lugar a verdade construída no, e pelo processo, pois, para o ambiente processual, o que importa é a verdade construída pelo contraditório, com critérios jurídicos e com limites dados pelos direitos fundamentais. Sobre o tema, Ferrajoli (2002, p. 42) traz o seguinte pensamento:

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade "certa", "objetiva" ou "absoluta" representa sempre a "expressão de um ideal" inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo,

como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como "verdadeiras" no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas. Ao máximo, podemos - e devemos - pretender que, quando se descubra a falsidade de uma ou de várias teses de uma teoria, esta deva ser rejeitada ou reformulada.

Assim, diante da impossibilidade de projetar a verdade absoluta como um produto do processo, é necessário criar meios processuais do direito dialogar com as provas, pois as múltiplas relações desenvolvidas no processo devem se abrir para conhecimentos externos ao direito, conformando tais conhecimentos às normas para a formação da resolução processual do conflito por meio da decisão jurídica. O que difere essa proposta do modelo atual é a substituição da autoridade jurisdicional que, soberanamente, "diz" o que é verdade no processo, para uma verdade como norte processual, com deferência a outras áreas do conhecimento, por meio do contraditório e da fundamentação **para** dar densidade à aproximação do processo à verdade.

Assim, a feição epistemológica do processo é o desvelamento do direito no caso concreto. Em outras palavras, o direito enquanto "ente" revela o seu "ser" apenas no, e pelo processo, pois a realidade que representa a tradição e a historicidade são condições de possibilidades para o direito se mostrar diante do caso concreto. Portanto, pensar o processo como linguagem que busca a verdade, por meio de critérios pré-estabelecidos, dá os contornos para que este instituto possa ser um lugar de se construir e conformar o conhecimento de diversas formas de acordo com o direito (GADAMER, 1997) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Diante disso, Gadamer (2002, p. 60–61) reflete sua hermenêutica filosófica sobre o discurso e a busca pela verdade, reconhecendo que existem limitações ao alcance da verdade, dadas pelo saber, como pode ser observado na seguinte citação:

Essa relação mostra-se no fato de que o mero deixar e manter o que está ali diante de nós deixa de ser verdade, isto é, revela-o como é, mas também delinea de antemão o que a partir dali se pode perguntar como sentido e o que se pode manifestar num conhecimento progressivo. Não é possível simplesmente progredir no conhecimento, sem abrir mão de certas verdades. Não se trata de uma relação quantitativa, de tal modo que se pudesse afirmar sempre apenas um âmbito finito de nosso saber. Quando perguntamos pela verdade não está em questão apenas o fato de que, ao mesmo tempo em que reconhecemos uma verdade, a encobrimos e esquecemos, mas de que estamos sempre presos nos limites de nossa situação hermenêutica. Isso, porém, significa que não conseguimos conhecer muita coisa do que é verdadeiro, uma vez que, sem o saber, estamos sempre limitados por preconceitos. Algo como a moda dá-se também na práxis do trabalho científico.

Daí a relevância do processo possuir esta dimensão epistemológica de se auto-construir como um saber e não como uma sucessão de atos para um ato final de poder o qual determina o que é verdade. Em síntese, o processo deve se aproximar de um lugar de formação do conhecimento delimitado por normas, regido pela construção da verdade, e não pela autoridade. Por conseguinte, até aqui já é possível visualizar traços iniciais do desenho do processo como linguagem que conjectura dimensões normativas e epistemológicas, embora, para sua completa visualização, torna-se necessário ampliar essa linguagem para o aspecto fenomenológico e hermenêutico que circunda este instituto.

4.1.2 A dimensão cultural e hermenêutica do processo

O processo é essencialmente um fenômeno cultural, responsável por retirar o direito de um exercício metafísico para atribuir-lhe existência no contexto da vida social. Nesse sentido, Alexandre Freire Pimentel (2008, p. 42) traz o entendimento sobre a relação entre processo e cultura, defendendo que esta relação nasce antes da própria noção de direito como ordenamento:

O processo é o mecanismo pelo qual o direito se efetiva, existe, e, mais que isso, sem ele o direito não se realizaria, não passaria de exercício metafísico, como um corpo que apesar de racional não alcançaria jamais uma base empírica, ou seja, simplesmente não existiria. A atividade jurisdicional, todavia, não surgiu repentinamente e nem acompanhou o homem desde o início de sua história. No começo, a depender dos costumes locais, o fenômeno jurídico pouco se distinguia das atividades religiosas, místicas ou da moral utilitária. Antes do advento da atividade legislativa ele se constituía num processo de ordem costumeira.

De acordo com essa visão, o processo é reflexo imediato da cultura na qual está inserido e somente existe contextualizado na realidade que o cerca, não podendo ser pensado de modo isolado desse aspecto. Com efeito, se as duas primeiras dimensões (normativa e epistemológica) propostas com o objetivo de substituir a dimensão autoritária do processo, por si só, já são reflexos da virada ontológico-linguística, as duas últimas (cultural e hermenêutica) são ainda mais convergentes a este paradigma filosófico.

Nesse sentido, a dimensão cultural do processo representa a mutação constante em que a sociedade e seu sistema de normas e valores se apresentam. Assim, a percepção cultural do processo demonstra a crença dos cidadãos nas instituições que prometem resguardar seus direitos, ou seja, sem o processo como o lugar de fala dos jurisdicionados, seus direitos não

teriam efetividade, passando a figurar de modo simbólico nos textos, sem ganhar existência no mundo da vida pela linguagem processual. Nesse aspecto, repousa a importância da fenomenologia em M. Heidegger que superou a metafísica e propôs a revelação ontológica do "ser" na, e pela linguagem, isto é, a realidade se mostra a cada fenômeno, como uma forma de colocar uma determinada fração histórica da existência entre parênteses e observá-la isolada e fora da consciência, por isso o filósofo da floresta negra é tido como o responsável por matar o sujeito. Portanto, a feição cultural do processo representa as circunstâncias e o contexto em que ocorre o percurso do direito, em velar-se e desvelar-se na linguagem, ou seja, o direito, mesmo partindo do mesmo texto, é diferente em cada cenário cultural que o envolve e em cada tempo de sua existência (CHASE, 2014) (TEIXEIRA, 2011, p. 288–310) (STRECK, 2013).

Feitas essas considerações, a sociedade contemporânea cada vez mais produz sujeitos capazes e atores sociais protagonistas nos vários espaços sociais, de modo que a autoridade presente nas relações está cada vez mais questionável e prescindível. Este traço evolutivo social precisa ser observado pela ciência processual, ou seja, o passado das lides burguesas que confiavam na autoridade do Estado para dizer sua razão, na atualidade não é mais dessa forma, os sujeitos reconhecem sua força participativa e exigem sua inserção nas tomadas de decisão. Dessa forma, o modelo de juiz, materializado em um homem de moral acima da sociedade, capaz de decidir a vida das pessoas por meio da autoridade que lhe era conferida pelo Estado, tornando-se um autêntico "presentante" da jurisdição, não encontra mais lugar em uma sociedade em que os cidadãos reconhecem seus direitos e não querem simplesmente pedi-los, mas, sim, querem participar e entender o processo para conquistá-los, ou terem uma justificativa para não obtê-los (HÄBERLE, 2002).

O processo judicial não é mais um perde-ganha em que somente quem detém o direito é merecedor de justiça, pelo contrário, as ações se desdobram em várias camadas e constroem o direito em discussão, que nem sempre é único e indivisível a ponto de pertencer a uma das partes. O que acontece é uma complexidade de fatores que por vezes direcionam para respostas que são verdadeiras equações. Com isso, o direito não é mais um meio de resolução de conflitos para a sociedade burguesa do início até a metade do século XX, este transformou-se em palco formal de igualdade e o lugar de exercício das liberdades coletivas, difusas e individuais, em que o juiz é um representante do Estado com o dever de participar e se integrar ao processo, ou seja, houve uma revolução copernicana que transformou o processo de instrumento de poder do Estado, para reposicionar o Estado como um ente subordinado ao

processo.

Tal mudança é reflexo do contexto cultural contemporâneo, e, é uma relação bilateral, ou seja, o processo é modificado pela cultura e também a modifica. Nesse entendimento, Oscar Chase (2014, p. 22), em sua obra: "*Law, Culture and Ritual*" (Direito, cultura e ritual) estabelece que:

Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, «constituída» ou «construída». Essas práticas institucionais influenciam importantemente uma sociedade e sua cultura – seus valores, pensamentos, hierarquias sociais e símbolos – tanto quanto essas práticas também refletem a sociedade à sua volta. Adotando a expressão «influenciar importantemente», eu sigo Melford Spiro, que usa o mesmo termo, opondo-o à afirmação de que alguma ideia ou prática seja «determinada» pela herança cultural. A cultura é tão complexa que seria extravagante concluir que algum conjunto de práticas institucionais pode «determiná-la». [...] Os procedimentos que utilizamos para resolver conflitos, ao mesmo tempo, são fios da rede e estão entre as formas que utilizamos para transmitir seus contornos para outros membros da nossa sociedade. Uma compreensão do significado de determinado processo de resolução de litígios por seus participantes é essencial. Para atingir essa compreensão é necessária uma aproximação interpretativa.

Assim, a dimensão cultural que compõe o processo judicial pós-virada ontológico-linguística é o reconhecimento de que este instituto precisa observar a sociedade e o contexto a sua volta para continuar coexistindo nesse sistema. Isto significa que o processo tem o dever de produzir aceitação entre os seus participantes. Porém, é importante ressaltar que aceitação é diferente de consenso, ou seja, o conflito posto, muitas vezes, não será dirimido por meio do consenso dos participantes, mas, sim, deve gerar aceitação e reconhecimento, pois o processo, quando oferece vastos meios de participação e garantias de equilíbrio contra qualquer um que esteja do outro lado do litígio, assegura a liberdade e a igualdade necessária para a produção de uma decisão justa, tanto para quem consegue sua pretensão, quanto para quem não a alcança. Assim sendo, a paridade elaborada no, e pelo processo entre os participantes, muitas vezes, nem no mundo da vida são atingidas, o que demonstra que, ao participar de um processo, a garantia de direitos iguais para os atores envolvidos contribui para revestir este instituto de justiça (HÄBERLE, 2002).

Pois bem, após discutir a dimensão cultural do processo, passa-se a investigar a última dimensão que o estrutura como linguagem, a dimensão hermenêutica. Para tanto, é necessário observar que este eixo estrutural é o principal responsável por dar à decisão judicial, enquanto produto linguístico e narrativo resultante do processo intersubjetivo, uma feição (re)construtiva do direito, pois, caso contrário, sem a perspectiva hermenêutica, o

acometimento de diretrizes, como a facticidade, a normatividade e a culturalidade, envolvidas no processo de aplicação do direito, não seria possível mediar tais orientações na, e pela linguagem. Com isso, não seria permitido desvencilhar o processo do método, e consequentemente da consciência do intérprete (ESSER, 1983) (ESSER, 1961).

Entretanto, a hermenêutica filosófica concebida por Gadamer, com influências em Heidegger, ainda não exerce seu peso filosófico no processo judicial contemporâneo, justamente, porque este instituto ainda detém características de um método racionalista fundado no paradigma da filosofia da consciência. Nesse sentido, reconhecer uma dimensão hermenêutica no processo como linguagem representa a base de sustentação para toda a reformulação da teoria do processo, extirpando em definitivo seu caráter instrumental.

Assim, a projeção da hermenêutica filosófica sobre o processo dá a este instituto a possibilidade de mediar outras forças presentes em seu contexto. O processo que se inicia é essencialmente indeterminado, pois a realidade é desvelada, a partir do fenômeno e pela linguagem, e não, a partir da consciência de um sujeito. Dessa forma, a indeterminação de um texto em colisão com realidade social se materializa também no processo, criando um campo de possibilidades no qual a hermenêutica, enquanto fusão dos horizontes, revela as projeções do que foi interpretado na pré-compreensão. Por conseguinte, o processo torna-se um sítio de construção de normas, a partir de normas e por meio de normas, em que a hermenêutica é o fio condutor desse fenômeno. Nesse contexto, Gadamer (2002, p. 136–137) resplandece essa concepção de hermenêutica como articuladora da realidade na, e pela linguagem, conforme a seguinte passagem:

A linguística moderna (Chomsky) e a psicologia (Piaget) deram novos passos nesse terreno. Isso vale, porém, para um sentido ainda mais amplo. Toda experiência realiza-se numa constante ampliação comunicativa do nosso conhecimento do mundo. Ela mesma é conhecimento do conhecido num sentido muito mais profundo e generalizado do que expressava a fórmula cunhada por A. Boeckh para designar o ofício do filólogo. [...] As palavras brotam do movimento comunicativo da interpretação que o homem faz do mundo, e que se dá na linguagem. Movidas e transformadas por esta interpretação, as palavras se enriquecem, alcançam novos contextos que recobrem os antigos, resguardam-se num quase esquecimento para tornar à vida em ideias novas e questionadoras.

Portanto, o movimento constante da existência social faz com que o direito, enquanto produto artificialmente concebido para antever a experiência, fique sempre em desvantagem temporal em relação à facticidade e ao dinamismo dos acontecimentos do mundo da vida. No entanto, a hermenêutica filosófica incorpora-se ao organismo do processo para constituí-lo como linguagem e, assim, torná-lo o ambiente que amplia a comunicação, como forma de

buscar conhecimento, adaptando o direito à realidade, a partir do caso concreto.

De modo mais enfático, o processo concebido como linguagem possibilita conjugar normatividade, facticidade e culturalidade em um mesmo ambiente orgânico. Porém, por meio da hermenêutica filosófica, qualquer intérprete que estiver imerso no processo e revelar seus pré-conceitos no âmago do curso da linguagem processual consegue projetar as possibilidades para a interpretação. No caso especial do processo judicial, busca-se uma interpretação que gere uma decisão justa, na qual sejam contemplados os sujeitos envolvidos e preservados os valores delimitados pela Constituição. Entretanto, o traço diferencial dessa estrutura proposta para modelo atual (processo como método), é que, na linguagem, as arbitrariedades, a discricionariedade e as subjetividades são reveladas no processo e são, nele mesmo, dissolvidas, não afetando o produto final, a decisão.

4.2 Do processo como método ao processo como linguagem na Era do Pós-positivismo hermenêutico

O processo, desde a sua genealogia moderna e o seu marco teórico-científico, acompanha o contexto do positivismo jurídico normativista e orienta-se pelo método racionalista, no qual, a razão humana atribui os sentidos aos fatos por meio de percursos pré-estabelecidos, apostando na relação sujeito-objeto como o único e possível elemento fundante da verdade, tal operação permite que a aplicação do direito se concentre simplesmente no encaixe da norma ao fato, por meio de uma equação dedutiva, realizada na consciência do intérprete. Entretanto, tais circunstâncias históricas e filosóficas se modificaram, e vêm se modificando constantemente ao longo do tempo. Dentre as principais forças responsáveis por quebrar esta estrutura, tem destaque especial a viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*), a qual propõe o abandono do método, para conceber uma ontologia da compreensão fundada na linguagem, que insere o positivismo em uma perspectiva filosófica de justificação e verificabilidade dos sentidos do direito, posicionando este arquétipo teórico imerso no contexto do Estado Democrático de Direito (ASSIS JÚNIOR, 2011) (STRECK, 1999) (STRECK, 2002) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

O positivismo jurídico em sua origem se ergue apenas como teoria do direito, porém, diante do constitucionalismo, da democracia substancial e dos direitos fundamentais, bem como das demais camadas do Estado Democrático de Direito e da filosofia da linguagem; tal

marco metodológico e epistemológico amplificou seu alcance, tornando-se também envolto pelas teorias democráticas e hermenêuticas. Nesse sentido, a ruptura entre texto e norma demarca uma nova fase do positivismo jurídico, pois a norma passa a ser o sentido extraído do texto por meio de critérios e limites dados pelo constitucionalismo, pela democracia substancial e pelos direitos fundamentais. Diante dessa circunstância, o positivismo passa do paradigma normativista para o paradigma hermenêutico. Assim, o termo "pós-positivismo" não representa superação do positivismo jurídico clássico, mas, sim, uma reordenação e uma evolução epistemológica de seus significados. Com efeito, admite-se o marco atual da teoria do direito assentado no pós-positivismo hermenêutico, ou até mesmo, positivismo hermenêutico (HESSE, 1991) (FERRAJOLI, 2000) (STRECK, 1999) (STRECK, 2002) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Por conseguinte, de acordo com Lênio Luiz Streck e sua vasta obra sobre o tema, assim como sua tese central denominada, *Crítica Hermenêutica do Direito*, compreende-se por pós-positivismo hermenêutico uma fase do positivismo em que as fontes jurídicas são compostas por um sistema de regras e princípios, tendo a hermenêutica como articuladora da produção dos sentidos dessas normas preservando a autonomia do direito, isto é, as normas jurídicas são concebidas, a partir do fenômeno de desvelamento de sentidos do texto que se concretizam na norma, utilizando-se da hermenêutica como elemento mediador dos sentidos. Por conseguinte, em relação à decisão judicial, o grande tema esquecido dos positivistas, esta é dada, a partir de uma pergunta na qual, ao ser colocada no processo enquanto linguagem, expande-se em possibilidades por meio da argumentação expansiva e depurativa para, ao final, revelar um sentido adequado aos limites semânticos da Constituição, utilizando-se de regras jurídicas e princípios jurídicos. Nessa lógica, o processo ultrapassa a questão do método e torna-se condição de possibilidades para revelar os sentidos do texto, sendo a decisão, o produto final desse sistema (STRECK, 1999) (STRECK, 2002) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

No entanto, se a decisão é um tema esquecido dos estudos positivistas, ou pelo menos de proposições inconclusivas e imprecisas, o que dizer do processo? Este instituto, fundado no método, também carece de se conformar à virada ontológico-lingüística (*linguistic turn*) e tornar-se consentâneo ao pós-positivismo hermenêutico. Porém, o processo ainda encontra-se no paradigma racionalista, o qual se ergue na crença de que a verdade objetiva e absoluta pode ser alcançada por meio de um exercício de subjetividade no qual toda sua confiança é depositada somente na razão, com a exigência da certeza e isenção da dúvida para

o êxito da investigação e na construção de um caminho para a verdade (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

A genealogia do método advém do filósofo francês, considerado o pai da modernidade, René Descartes (1596-1650), que, em 1637, escreveu sua principal obra, intitulada: "*Discours de la méthode*" (Discurso sobre o método), revolucionando a filosofia e a ciência moderna. Em seus escritos, este autor define o método racionalista e investigativo para alcançar verdades objetivas sob quaisquer ambientes. Na seguinte passagem, Descartes (2001, p. 13–14) descreve os princípios que regem seu método:

[...] portanto, em lugar desse grande número de preceitos de que se compõe a lógica, achei que me seriam suficientes os quatro seguintes, uma vez que tornasse a firme e inalterável resolução de não deixar uma só vez de observá-los. O primeiro era o de nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele. O segundo, o de repartir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir. Essas longas séries de razões, todas simples e fáceis, que os geômetras costumam utilizar para chegar às suas mais difíceis demonstrações, tinham-me dado a oportunidade de imaginar que todas as coisas com a possibilidade de serem conhecidas pelos homens seguem-se umas às outras do mesmo modo e que, uma vez que nos abstenhamos apenas de aceitar por verdadeira qualquer uma que não o seja, e que observemos sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, não pode existir nenhuma delas tão afastada a que não se chegue no final, nem tão escondida que não se descubra.

Assim, os princípios concebidos por Descartes, os quais de maneira resumida podem ser descritos como evidência, análise, síntese e verificação, em decorrência do positivismo normativista, são amplamente incorporados ao sistema teórico do processo desde o processualismo científico até o instrumentalismo processual. Tal característica é perceptível pelo modo operacional do processo, principalmente pelo seu perfil mecanicista, em que a produção processual é um substrato para o julgador que decide livremente a partir do processo ou sobre o processo. Ou seja, o juiz olha a ação como evidência e analisa os fatos no processo, para posteriormente, o percurso do método ocorrer na consciência do aplicador, de modo que este realiza a síntese dos fatos e verifica sua adequabilidade ao direito, produzindo um enunciado normativo subjetivo, a decisão judicial (DESCARTES, 2001) (TARUFFO, 2018).

Todavia, é possível enxergar traços de uma transformação do processo, do método para a linguagem. O pós-positivismo hermenêutico exige dos sistemas jurídicos maior

conformação à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*). Assim sendo, a hermenêutica filosófica, assumindo o posto de ontologia da compreensão, usufrui de possibilidades para transformar esta realidade, com destaque para os seguintes pontos: (i) a perspectiva histórica e a tradição como modo de conectar o presente ao passado; (ii) o círculo hermenêutico por meio da espiralidade entre a pré-compreensão e a compreensão para dissolver subjetividades; (iii) a mediação dos sentidos, realizando perguntas antes das respostas, e, principalmente, (iv) a quebra da parede sujeito-objeto para transportar a compreensão para a linguagem, mas não como um instrumento do sujeito se relacionar com o objeto, ou, um caminho subjetivo para encontrar a essência de uma verdade objetiva, mas, sim, como condição de possibilidades para a compreensão da realidade, diluindo a precária relação sujeito-objeto, passando a ser a totalidade da existência, assumindo que todo e qualquer conhecimento somente se dá na, e pela linguagem (ASSIS JÚNIOR, 2011) (GADAMER, 2002) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Diante desses elementos, o processo pode se aproximar da ideologia de um sistema comunicacional, fortalecendo os meios de constranger a autoridade decisória, ampliando a participação dos atores processuais, promovendo a imersão da jurisdição no processo, não de modo simbólico, mas de maneira efetiva, fortalecendo as garantias processuais como um *standard* que consolida a igualdade de forças dentro do ambiente processual, criando um ambiente em que a autoridade hermenêutica do devido processo legal se torna mais ávida que qualquer autoridade subjetiva. Portanto, a sincronia, ou a justaposição, entre o processo e a hermenêutica filosófica produz uma projeção desta entidade em formato de linguagem, que dissolve a autoridade dos intérpretes para revelar a autoridade hermenêutica do processo. Tal fenômeno, por óbvio, influi diretamente no modo de ser da decisão judicial.

4.2.1 Alguns aspectos do papel da hermenêutica filosófica no processo como linguagem: investigação, argumentação, participação, imersão nos fatos e tradição

Sob a égide da linguagem, a teoria do processo pode se deixar influenciar pela hermenêutica filosófica, a fim de conceber um modo de aplicação do direito mais consentâneo ao paradigma atual da filosofia, às ambições do constitucionalismo e às possibilidades do Estado Democrático de Direito. Como consequência desse fenômeno, assim como o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), mediado pela hermenêutica filosófica, pode dar à

teoria processual um aspecto substancial de fortalecimento do devido processo legal em detrimento da autoridade subjetiva da jurisdição, o garantismo processual, da mesma maneira, porém, por uma perspectiva formal, pode condicionar um ambiente de igualdade e de liberdade entre todos os atores que buscam construir a decisão judicial. Portanto, uma aproximação da teoria do processo à hermenêutica filosófica, e, por conseguinte, uma superação da hermenêutica jurídica clássica como técnica operacional do método, pode revestir a aplicação do direito de atributos dos fenômenos linguísticos (GADAMER, 1997) (GRODIN, 1999) (GRODIN, 2001) (WITTGENSTEIN, 2001) (ROHDEN, 2012).

Em "*Wahrheit und Methode*" (Verdade e Método), obra exponencial de Hans-Georg Gadamer (1990-2002), publicada em 1960, a hermenêutica é alçada ao *status* de filosófica, abandonando sua feição de arte ou técnica. Gadamer, apropriando-se da construção heideggeriana para conceber sua hermenêutica, conseguiu ir além do seu mestre e elaborar uma hermenêutica filosófica como atividade para se atingir o conhecimento a partir do "Ser", na, e pela linguagem. A partir da premissa de Heidegger de que, o "Ser" é ontologicamente revelado no ente de acordo com sua temporalidade, Gadamer incorporou tal assertiva à historicidade na forma da pré-compreensão, ou os pré-conceitos, ou seja, na hermenêutica gadameriana, o contexto histórico traz o passado para a linguagem de desvelamento do "Ser", assim, o "Ser" é temporal, mas traz consigo sua tradição (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005b).

Sobre a questão da verdade e sua contextualização na hermenêutica, também, houve adaptações de Gadamer sobre as contribuições de Heidegger nesse tema, ou seja, para ambos os filósofos, a verdade não está indissociável da ciência (método científico) e a relação entre verdade e método não é de exclusão, mas, sim, de tensão complementar, ou seja, a verdade não pode ser alcançada única e exclusivamente por meio do método, pois, a reconstrução da verdade será sempre aproximativa. Assim, tanto para Heidegger quanto para Gadamer, inexistente método universal por meio do qual se possa atingir toda e qualquer verdade, embora determinado método possa estar aberto à verdade por meio da disposição para investigar, considerando o passado e eliminando preconceitos e subjetividades no bojo desta investigação. Ao assumir esse traço epistemológico, a hermenêutica torna-se fundamental para a atividade de reconstrução da verdade a partir do seu contexto (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (ROHDEN, 2012) (SANTANA JÚNIOR; ROXO e SILVA, 2011, p. 146–163).

Em outra perspectiva, Gadamer aperfeiçoou o círculo hermenêutico heideggeriano, propondo que este devesse ocorrer da pré-compreensão até a compreensão em um movimento espiral de persecução da verdade. No mesmo sentido, Gadamer propõe que a tradição dos sujeitos deve ser considerada para a produção dos sentidos, por meio da fusão de horizontes dados na compreensão, o que difere significativamente de Heidegger, já que este autor perseguiu com ênfase a superação da metafísica e da subjetividade para dissolver a noção de sujeito. Ao contrário disso, Gadamer, nesse específico ponto, aproximou-se mais de Husserl, concebendo o modelo estrutural de jogo, propondo a conversação como modo de produzir linguagem e conhecimento, expandindo a questão do "Ser" propondo o diálogo, isto é, considerando o próprio sujeito, bem como os demais participantes (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HUSSERL, 1986) (HUSSERL, 2000).

Sobre o tema linguagem, o qual é força motriz desse estudo, pode-se afirmar que Gadamer mais uma vez seguiu a trilha epistemológica de Heidegger, porém, distanciando-se no que se refere à questão do "Ser". Assim, enquanto para Heidegger, a linguagem é a morada do "Ser", para Gadamer, a linguagem é um modo humano de ser partícipe do "Ser". Portanto, para Heidegger, vigora a questão da impessoalidade na questão do *Dasein*, enquanto que para Gadamer, o Ser é histórico, e, quando os sujeitos dialogam, não apenas reproduzem realidade mas recriam-na por meio de um alargamento de horizontes dados na, e pela linguagem. Logo, para Gadamer, a Hermenêutica é mais intersubjetiva do que para Heidegger (HEIDEGGER, 2005a) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (STEIN, 2015).

Por conseguinte, para Gadamer, a questão da interpretação, imprescindivelmente envolve a linguagem, nas palavras do autor: "Ser que pode ser compreendido é linguagem", mas o próprio filósofo reconhece que não somos mestres da linguagem, isto é, a linguagem não é o mundo, embora o mundo só exista na linguagem. Para Gadamer, o diálogo com a tradição é fundamental para a compreensão. E, para este filósofo, a interpretação, a compreensão e a aplicação não se dão em momentos distintos, como prelecionam os preceitos clássicos da hermenêutica como técnica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas aplicandi*), em que a interpretação é um subproduto e uma operação realizada em partes, isto é, primeiramente compreende-se, na sequência interpreta-se, para então, aplicar o entendimento consolidado. Ao contrário desse teorema clássico, para a hermenêutica filosófica, o processo de interpretação se confunde com o processo de conhecimento, de compreensão e de aplicação, pois todos ocorrem simultânea e dialogicamente, permeados pela historicidade e indissociáveis da linguagem. Nesse sentido, a compreensão é a projeção de

possibilidades da interpretação por meio da historicidade e do círculo hermenêutico, não havendo fases distintas nesse processo (GADAMER, 2002) (STEIN, 2015) (STRECK, 2014, p. 216).

Pois bem, feita essa breve incursão, é possível intersectar a hermenêutica filosófica com a teoria do processo, ora proposta. Por conseguinte, o primeiro ponto de contato reside na aproximação entre a jurisdição e o processo, realizando a imersão da jurisdição, enquanto ente representado por um sujeito (o juiz), no processo, enquanto entidade constituída em forma de linguagem. Tal espelhamento permite superar o distanciamento entre o processo e a autoridade da jurisdição, ou seja, o processo clássico é estruturado sob um eixo subjetivista, porém, para se adequar ao paradigma filosófico da linguagem, é condicionante que a jurisdição atue imersa no processo. Portanto, essa imersão possibilita que o representante da jurisdição, o juiz, mostre-se para o processo, despejando sua pré-compreensão, ou seus pré-conceitos, revelando-se para o processo, como um ser-no-processo. Entretanto, não basta apenas essa imersão da jurisdição no processo, é necessário que este seja um ambiente de igualdade e liberdade entre os atores envolvidos, pois, para a realização do círculo hermenêutico intersubjetivo, todos os sujeitos devem se autoinfluenciar. Nesse sentido, o modelo garantista de processo tem a capacidade de desenvolver essa tarefa, preparando o terreno para o acontecer da interpretação, que se dá pela hermenêutica filosófica.

Assim, ao produzir essa igualdade, é essencial um modelo argumentativo que atue de modo espiral, no qual, os sentidos sejam produzidos em níveis sequenciais, incorporando a historicidade e a tradição de cada sujeito. Com efeito, a fundamentação não deve ficar exclusivamente a cargo da jurisdição no momento da decisão, bem como o contraditório não pode ser apenas um dizer-contradizer concentrado apenas na figura dos jurisdicionados, ou, um conjunto preparatório de argumentos que ao final o intérprete, de modo autoritário, escolhe. É essencial que a fundamentação seja exercida por todos os atores, assim como o contraditório garanta a igualdade substancial no momento da argumentação.

Por fim, outra condição para que a hermenêutica filosófica possa aglutinar o processo à linguagem é deslocar o *locus* da decisão, retirando-lhe do final do processo, como um ato solipsista da jurisdição, para realocá-la no âmago do processo, ou seja, esta deve ser construída no transcorrer do processo, permitindo que os atores, incluindo o representante da jurisdição, construam a resposta para a questão dada, transpondo o caso concreto para a linguagem processual, (re)construindo os sentidos da norma de modo balanceado nessa ordenação, para que, então, ao final desse acontecer processual, ocorra uma montagem

conjunta do que já está, e foi produzido no, e pelo processo, revelando a decisão a partir dessa linguagem. Em outras palavras, a decisão deve se tornar uma fase do processo que se subdivide em apresentação do problema, confrontação pela argumentação tridimensional (partes e juiz) e, por fim, a resolução por meio de uma montagem do que já está no processo, após as subjetividades já terem sido expostas.

Portanto, a hermenêutica filosófica pode dar vida ao modelo de processo como linguagem. Os conceitos de contraditório, fundamentação, jurisdição e decisão são necessariamente os que detêm a tarefa de transportar essa mudança para os demais signos processuais. Como foi observado, até mesmo a finalidade do processo é remodelada em sua forma como linguagem, pois a ação torna-se um *standard* de ignição da linguagem, apresentando um problema e demonstrando sua pré-compreensão da solução, proporcionando aos outros atores sociais, envolvidos e legitimados, o direito de participar do processo de conhecimento, de interpretação e de aplicação. Nesse sistema, o magistrado é um ator como os demais que detêm a prerrogativa de garantir a ordem legal vigente, mas com o mesmo propósito dos demais em construir uma decisão jurídica para o caso. Ao final, o resultado do provimento é dado no, e pelo processo por meio da autoridade hermenêutica, não pela autoridade jurisdicional.

4.2.2 Quebramento do esquema sujeito-objeto para o paradigma da linguagem no direito processual

O processo tem o dever primordial de eliminar as arbitrariedades e subjetividades acometidas pelo ente estatal. Entretanto, ao realizar um diagnóstico preciso do processo judicial contemporâneo, nota-se que ainda há um predomínio da autoridade subjetiva da jurisdição. Dessa forma, o processo, que deveria ser a entidade que eliminaria tal arbítrio, realiza o movimento inverso. Segundo Martin Kriele (2009), o excesso de autoridade dos juízes no processo cria um Estado Judicial, subvertendo a ordem primeira do Poder Judiciário, a qual consiste em zelar pelo não arbítrio dos outros poderes, bem como de qualquer sujeito pertencente da comunidade. Essa tendência institui um protagonismo judicial e um processo subserviente aos juízes. Com efeito, o processo, em oposição a esta realidade, detém a incumbência, bem como o dever de exercer um poder emancipatório de autodeterminação que permite aos sujeitos exercerem a cidadania jurídica, dialogando com seus pares, bem como

com o Estado, tornando o processo uma comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*) em prol da aplicação do direito (HASSEMER, 1995) (HASSEMER, 2004) (NUNES, 2008b) (ROSENBERG *apud* CABRAL, 2008, p. 104).

Ocorre, porém, que toda a teoria processual é estabelecida em uma ordem subjetiva, a qual direciona o processo de concreção do direito em confronto com a realidade para uma relação sujeito-objeto, em que o Estado é o destinatário do devido processo legal. Este desacordo com a opção político-ideológica dos direitos fundamentais em contemplar um Estado a serviço dos cidadãos não promove o processo ao *status* de protagonista, mantendo, nesse papel, a autoridade jurisdicional. Nesse sentido, por mais que o processo seja estruturado em um modelo garantista de igualdade e liberdade das partes para participarem do jogo processual, se esta arquitetura é consolidada sob um espreque autoritário e subjetivista, toda essa construção de fortalecimento do processo pelas partes não alcança o *status* de constrangimento à autoridade jurisdicional e não dá ao processo meios de equilibrar as forças contidas em seu interior (PEIXOTO, 2007) (SALDANHA, 1992) (ESSER, 1961).

Contudo, para modificar essa realidade, o perfil da processualística contemporânea deve incorporar elementos da filosofia da linguagem e da fenomenologia hermenêutica, pois tal paradigma condensa as formas de autoridade subjetiva. Dessa maneira, o modelo de processo como relação coloca a jurisdição como figura central e absoluta, deixando o processo à margem desse sistema como um cardápio de escolhas para a intérprete. Por conseguinte, o processo, enquanto modal de resolução de divergências e fenômeno cultural de diversidade ideológicas em formato de linguagem, pode desconstruir essa natureza metafísica da jurisdição e posicioná-la imersa no processo.

O processo, dessa forma, ao se constituir em linguagem, de plano, já dissolve as autoridades de quaisquer entes e sujeitos envolvidos. A questão da verdade, a questão da tradição, a hermenêutica como mediadora desse ambiente, enfim, todas essas características dão ao processo condições para destituir a autoridade jurisdicional, ao menos no que se refere ao isolamento dos juízes no momento da decisão. Portanto, assim como a linguagem é a própria condição de possibilidades de compreensão do mundo, o processo para o seu universo jurídico também o é. Por conseguinte, todo e qualquer modelo de caracterizar o processo como instrumento de um ente subjetivo deve ser afastado. Gadamer (2002, p. 176), no trecho, a seguir, reforça a importância da linguagem e a descaracteriza como instrumento ou quaisquer formas de estrutura manipulável, assim como deve ser o processo:

A linguagem não é um dos meios pelos quais a consciência se comunica com o

mundo. Não representa um terceiro instrumento, ao lado do signo e da ferramenta – embora esses dois certamente façam parte da caracterização essencial do homem. A linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e dos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia diante do mundo para num estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo o conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem.

Em outro momento, Gadamer (2002, p. 136) relaciona o papel da hermenêutica nesse meio linguístico:

Encontramos ali, porém, uma dimensão ainda mais abrangente do problema hermenêutico, estritamente ligada à posição central que linguagem ocupa no âmbito hermenêutico. A linguagem não é apenas um *medium*, entre outros do mundo das "formas simbólicas" (Cassirer), mas tem uma relação especial com o potencial caráter comunitário da razão. É a razão que atualiza comunicativamente na linguagem, como já dizia R. Höningwald: A linguagem não é apenas "fato", mas "princípio". É nisso que repousa a universalidade da dimensão hermenêutica.

Assim, a linguagem é a responsável por quebrar a parede sujeito-objeto e promover o conhecimento, abandonando a verdade como algo dado pela consciência para concebê-la como algo revelado pela linguagem. Consequentemente, fazendo a aproximação desse arquétipo ao processo, do mesmo modo, a busca pela verdade não se dá na consciência da jurisdição, mas no tecido processual com equidade e isonomia entre as partes, incluída aqui a jurisdição.

Portanto, o processo é palco de desenvolvimento do direito em seu prisma deontológico, realizando sua ontologia pela compreensão. Contudo, para eliminar subjetividades e proposições extraídas da consciência que não são deferentes à força do devido processo legal, é imperioso que este instituto jurídico incorpore os sujeitos e destitua a relação sujeito-objeto no momento de aplicação do direito para conceber o conhecimento na, e pela linguagem. Da mesma forma, o processo como lugar do diálogo não pode permitir autoridades no momento da produção argumentativa, pois, caso contrário, toda a argumentação não absorve as pré-compreensões de todos envolvidos. O diálogo deve ser aberto para alcançar a máxima circularidade como forma de dissolver quaisquer preconceitos trazidos e expostos pela tradição de cada participante. Nas palavras de Gadamer (2002, p. 136–137), tem-se a síntese das condições para que a linguagem seja válida:

A estrutura da linguagem de nosso estar-no-mundo acaba articulando todo o âmbito da experiência. A lógica da indução, descrita por Aristóteles e desenvolvida por F. Bacon como fundamento das novas ciências empíricas, parece insatisfatoriamente enquanto teoria lógica da experiência científica e carente de correção. Nela transparece, porém, claramente sua proximidade com a articulação do mundo na

linguagem. [...] Assim, a dimensão hermenêutica afeta especialmente o trabalho milenar do conceito filosófico. Como tradição de uma experiência pensante, deve ser compreendida como um único grande diálogo, no qual todo presente participa sem poder controlar superiormente ou dominar criticamente. O ponto fraco da história dos problemas foi ler a história da filosofia somente como confirmação da própria visão do problema e não como parceiro crítico que revela a limitação de nossas próprias ideias. Para isso há que se submeter-se à reflexão hermenêutica. Ela no ensina que a linguagem da filosofia sempre comporta algo inadequado e que, na sua intenção, persegue sempre mais do que pode ser encontrado em seus enunciados e do que pode ser trazido à palavra. [...] O modelo fundamental de todo o consenso é o diálogo, a conversa. Sabe-se que uma conversa não é possível, se uma das partes crê absolutamente estar numa posição superior em relação à outra, algo como se afirmasse possuir um conhecimento prévio dos preconceitos a que o outro se atém. Com isso, ele ver-se-ia trancado em seus próprios preconceitos. Em princípio, um consenso dialogal torna-se impossível quando um dos interlocutores do diálogo não se libera realmente para a conversa.

É importante ressaltar, porém, que, para o direito, o consenso é praticamente impossível, contudo a imposição de uma condução ética aos participantes do processo, com exigência de argumentação para todos os envolvidos, é factível e palpável dentro de um contexto jurídico, isto é, o direito de participar revela o dever de contribuir para a construção argumentativa do processo. Assim, com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), a linguagem passa de instrumento, para ser elemento constitutivo do conhecimento e condição de possibilidades deste. O mesmo entendimento é aplicável ao processo, que pode (deve) ser a linguagem que desvela o conhecimento a partir do caso concreto, posicionando as autoridades em igualdade, apesar de papéis e intenções distintas.

Portanto, o processo tem as condições para ser estruturado como linguagem e romper em definitivo com a filosofia da consciência, alterando sua disposição de um arquétipo sujeito-objeto, para uma concepção sujeito-sujeito imersos na linguagem. Nesse contexto, diante do Estado Democrático de Direito não há lugar para quaisquer formas de poder subjetivo, individual e autoritário. O processo, perante o constitucionalismo, deve ocupar posição central na teoria processual, pois a efetividade da Constituição necessita de um ambiente de diálogos entre cidadãos e Estado em condições de igualdade, garantindo que todos os envolvidos influenciem o resultado, ou seja, o diálogo da constituição com os membros da comunidade acontece no, e pelo processo.

5 A CONVERGÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: da autoridade jurisdicional à autoridade hermenêutica do processo

Feita a crítica ao modelo de decisão jurídica da trilogia estrutural do processo e desenhadas as linhas subversivas que defendem a mudança da premissa racionalista de pensar o processo como método para a premissa filosófica de conceber o processo como linguagem, o desafio posto compreende em demonstrar qual o modelo pragmático de processo que pode possibilitar aos envolvidos a visão do caso concreto sob o olhar do outro, funcionando como um espelhamento tridimensional, ou mesmo multidimensional, que considera para esta realização, a jurisdição imersa no processo e como partícipe do diálogo argumentativo processual, bem como transformar o processo de um conjunto preparatório destinado à jurisdição, para a personificação do próprio conteúdo do qual é extraído a decisão. Tais circunstâncias envolvem a construção de pontes entre os princípios processuais que fortalecem a participação e a aproximação desse instituto a uma forma de saber e não a uma forma de poder, assim como a representação do processo como um sistema que impõe restrições a todos os seus participantes como meio de garantir igualdade, ao mesmo tempo que assegura o cenário de liberdade para a atuação destes (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016a).

O devido processo legal (*due process of law*) foi concebido para designar a estrutura em cadeia dos atos preordenados que conduziam os fatos ao conhecimento da jurisdição para sua manifestação, ou seja, era o próprio processo, visto como uma organização formal para exercício do poder estatal. Historicamente, o conceito de devido processo legal tem sua genealogia no sistema jurídico inglês, embora, somente nos Estados Unidos da América, este tenha sido incorporado à constituição, não somente como garantia de legalidade, mas também como garantia de justiça. Em um primeiro momento, esse termo fazia referência ao próprio processo judicial, posteriormente, passou a designar um mandamento processual em sentido amplo, como um *standard* que conduz todo o processo sob a forma de uma ideologia que defende que o sistema processual deve oferecer as máximas possibilidades de garantias aos seus participantes, extensivo a quaisquer formas de o Estado exercer seu poder. Diante disso, o devido processo ganhou aspecto substancial e tornou-se condição essencial para a aplicação do direito (ÁVILA, 2010, p. 353-362)(GRINOVER, 1973).

Tal princípio, no Brasil, apesar de costumeiramente estar presente nas constituições brasileiras, na forma de garantias processuais desde a Constituição do Império de 1824, somente em 1891, com a Constituição Republicana, houve a destinação própria a este instituto de modo mais explícito, algo que foi repetido nas demais cartas constitucionais do país. No entanto, em 1988, com a constituição brasileira que instituiu o Estado Democrático de Direito, o processo foi alçado ao *status* de palco para o exercício dos direitos fundamentais em uma

atividade de diálogo com o Estado. Porém, o marco metodológico do processo ainda encontra-se em um período de transição em que tenta se desvencilhar do método e do instrumentalismo processual em definitivo (MARIOTTI, 2008) (ZANETI JÚNIOR, 2005).

Por devido processo legal compreende-se um modelo de processo que coexiste de modo dialógico com a Constituição e carrega em sua estrutura orgânica a atmosfera dos direitos fundamentais, na qual se preordena toda e qualquer ação por meio de uma justificativa fundamentada, bem como se organizam todos os atores participantes em um contraditório. Diante disso, o fortalecimento do devido processo legal perpassa necessariamente por uma confluência entre o contraditório e a fundamentação, pois tais princípios permitem aproximar o processo à linguagem em detrimento do paradigma racionalista da autoridade julgadora e do instrumentalismo processual. O devido processo legal, portanto, permite uma fusão de horizontes entre o processo e a Constituição. Nesse sentido, o processo torna-se a entidade do direito e da própria democracia constitucional responsável por realizar os direitos fundamentais, em um prisma contramajoritário, no seu acontecer, na sua finalidade e no seu resultado (BASTOS, 2010, p. 67–93) (OLIVEIRA, 2010, p. 615–644).

No entanto, é preciso conjugar o aspecto formal do devido processo legal, cuja representação é dada pelo garantismo na sua condição de um corpo de regras gerador de liberdade e de igualdade no processo como forma de combater traços arbitrários, bem como o aspecto substancial do devido processo legal, o qual consiste em preencher proporcionalmente e razoavelmente os espaços edificados pelo garantismo por meio da participação e dos diálogos de todos os atores legitimados. Tal espelhamento entre os prismas formal e substancial do devido processo legal reflete um arquétipo de processo que afasta autoridades subjetivas, arbitrariedades, e discricionariedade, para promover um ambiente processual de igualdade e liberdade entre os atores envolvidos que formam uma comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*) em prol da melhor solução ao caso concreto (ROSENBERG *apud* CABRAL, 2008, p. 104).

Nesse sentido, reforçando essas primeiras considerações, tem-se o entendimento de Miguel Calmon Dantas (2008, p. 689) que sintetiza o exposto:

Concomitantemente, pela fundamentação material que exsurge de uma compreensão adequada do princípio do devido processo constitucional (ao invés de legal) em conexão com a dignidade da pessoa humana numa Constituição de caráter dirigente, a processualização, por sua vez, caracteriza-se como ambiente de concretização dos direitos fundamentais. Por essa via, a convergência da constitucionalização do Direito com a sua processualização, justamente matizada pela própria

constitucionalização do processo, remete a um modelo dialógico e participativo dirigido à realização e concretização dos direitos fundamentais. A constitucionalização do processo, viabilizada por uma leitura aberta e mais emancipatória do devido processo legal, expressa o seu desprendimento do âmbito da atividade jurisdicional e o alinha como categoria geral do direito. Observe-se que não se está a afirmar que o estatuto científico do processo foi alterado apenas por força da sua constitucionalização, mas o reconhecimento do processo como categoria ou instituto geral do direito, a ensejar o deslocamento de determinadas indagações para a teoria do direito, de matiz crítico-reflexiva, é reforçado. No âmbito doutrinário, o entusiasmo ocasionado por esse revigoramento dos estudos do processo diante de sua interação com a ordem constitucional é destacado por Willis Santiago Guerra Filho, ao defender um duplo movimento, de sentidos opostos, consubstanciado na constitucionalização do processo e na processualização da constituição.

Portanto, o processo tornou-se instituto da teoria do direito, fato este que possibilitou uma leitura aberta do devido processo legal, como um modelo de processo participativo, dialógico e responsável pela realização dos direitos fundamentais, ultrapassando sua percepção de instrumento da jurisdição, ou um direito adjetivo, acessório do direito material. No mesmo sentido que a Constituição ganha existência e adequação à realidade no, e pelo processo, a inversão dessa premissa também é verdadeira, ou seja, o processo cada vez mais está associado à Constituição, recebendo influências de princípios constitucionais para tornar-se uma continuidade da Constituição. Assim, o devido processo legal (ou constitucional) é o resultado do diálogo entre a Constituição e o processo, com influências mútuas e constantes.

Entretanto, esta aproximação entre constituição e processo resulta um sistema complexo de aplicação do direito que ainda necessita de ajustes para se tornar de fato um ambiente de diálogos com liberdade e igualdade entre cidadãos perante o Estado. Tais ajustes perpassam por uma reformulação dos meios de participação e de formação do diálogo que compõem a argumentação processual, os quais são materializados no processo pelo exercício do contraditório e a exigência do dever-direito de fundamentação. Além do mais, é essencial repensar o papel do juiz nesse sistema, pois não basta lhe retirar autoridade decisória, tornando o processo uma praça de debates livres, é preciso reestruturar seu papel diante do Estado Democrático de Direito e sua função no processo concebido como linguagem, tornando-o o gestor da autoridade hermenêutica do processo.

Assim, o contraditório deve ser tridimensional com a participação de todos os envolvidos e a fundamentação deve ser o rastro argumentativo dos atores, formando um espiral cuja direção é responsabilidade do magistrado. Esse contexto possibilita que o processo seja o lugar ocupado por uma autoridade hermenêutica, dialógica e com poderes subjetivos dissonantes, privilegiando o saber processual ao invés do poder jurisdicional. A

questão que se coloca é como transportar a decisão judicial para dentro desse ambiente, ao reverso de esta ser um ato proferido por uma autoridade a partir de sua consciência, tendo o processo o mero papel consultivo nessa atividade. Daí exsurge a importância do contraditório e da fundamentação serem autênticos vetores de convergência para a criação de um aspecto substancial do devido processo legal, bem como modificar o papel dos juízes nesse cenário processual dialógico.

5.1 O contraditório e a fundamentação projetados sob espiral hermenêutico (Hermeneutische Zirkel) no, e pelo processo

O contraditório, conforme o entendimento clássico de Elio Fazzalari (1957), era a estrutura dialética que compunha a essência do procedimento, conceituando o processo como um conjunto de atos formais em cadeia (procedimento) com oportunidade de informação e manifestação das partes envolvidas enquanto um meio de exercer seu direito de defesa (contraditório). Tal definição se baseava no contexto clássico de processo em que a jurisdição era a destinatária de todos os fatos e argumentos, ocupando o protagonismo na relação processual, conferindo às partes o papel de meros espectadores. Nesse sentido, o direito ao contraditório era equivalente a um direito de defesa, isto é, ao direito de contra-argumentar sob um viés formal, rebatendo as falas do outro participante, todavia, distante da jurisdição na realização desse exercício (FAZZALARI, 1996) (GRINOVER, 1973).

Porém, com a evolução do direito, permeado pela filosofia e pelo constitucionalismo, o processo passou a exigir um sofisticado modelo de garantias constitucionais dinâmicas, no qual o contraditório se tornou um elemento substancial deste programa, superando seu aspecto formal e bidimensional (informação-manifestação), para ganhar a condição de ser o responsável por transformar o processo em um ambiente dialético com igualdade e liberdade entre seus participantes e materializar uma atividade de participação ressonante e contínua de todos os atores processuais na construção argumentativa processual da decisão, ou seja, nenhum resultado do processo pode nascer sem passar pelo contraditório, salvo os casos excepcionalíssimos prescritos em lei. Assim, a expansão do processo em relação à jurisdição possibilitou paridade de diálogos entre os envolvidos, criando um espaço comunicacional que se dá pelo contraditório. Portanto, este instituto processual transcendeu as dimensões informação e manifestação, incorporando a estas duas primeiras, a terceira dimensão, o poder

de influência, tornando o contraditório o principal responsável, conjuntamente com o acesso à justiça, por democratizar o modo de aplicação do direito, tornando-se um critério de correção da fundamentação das decisões judiciais (BASTOS, 2010, p. 67–93) (GOMES, 2008, p. 507–540) (OLIVEIRA, 2010, p. 615–644) (SILVA, 2009) (RAATZ, 2016b).

Por outro lado, a fundamentação, no mesmo sentido do contraditório, também foi reestruturada sob o eixo do Estado Democrático de Direito, passando a ser além de um dever dos magistrados, um direito das partes e da sociedade de terem o acesso aos argumentos que resultaram aquele provimento. Nesse sentido, a fundamentação pode ser compreendida em duas matrizes: (i) justificação hierárquica, destinada à fiscalização perante o órgão jurisdicional superior, corroborando o dever da jurisdição de tutelar as minúcias do direito em conflito com o caso concreto; e (ii) condição e garantia que legitima a participação das partes na formação da decisão e uma resposta para a sociedade na qual se fiscaliza se o direito está sendo aplicado em conformidade com os preceitos constitucionais. Assim sendo, a fundamentação como um dever ou como um direito representa, respectivamente, em cada uma dessas matrizes, uma proteção contra o arbítrio, bem como um empreendimento democrático no processo (ARENHART; MITIDIERO, 2015) (FAZZALARI, 1996) (MARINONI, 2006) (STRECK; RAATZ, 2017, p. 160–179) (RAATZ, 2016b).

Sobre o significado do que seja fundamentação, L. Streck e I. Raatz (2017, p. 162) confirmam a percepção desse instituto como possibilidades de delimitar a autoridade jurisdicional:

À noção elementar de que o dever de fundamentação funcionava como uma espécie de ferramenta contra arbítrio judicial, foram se agregando outros elementos, como a garantia da imparcialidade do juiz, o controle da legalidade da decisão, e a possibilidade de impugnação das decisões. Há quem diga que, no bojo do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões, sem perder o caráter de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, passou a ser vista, também, como “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça.” Nessa vereda, Michelle Taruffo afirma que a inserção do dever de fundamentação nas Constituições representa, na atual quadra da história, a transformação das funções a ela atribuída. Agrega-se à tradicional função endoprocessual da fundamentação, que visa a facilitar a impugnação e os juízos sobre ela, uma função extraprocessual. Assim, a fundamentação representaria, também, a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, tudo dentro de uma concepção democrática do poder.

Porém, a prática jurisprudencial não se fixa nessa premissa da fundamentação como elemento essencial de uma ideologia democrática, o que se tem observado, muitas vezes, é a sua estruturação como uma justificativa racional voluntarista que encobre a discricionariedade do julgador, isto é, torna-se uma argumentação para justificar suas escolhas e não a

reconstrução dos elementos que revelaram sua decisão. Tal fato decorre do distanciamento da jurisdição em relação ao processo, o qual resulta uma dissonância entre o contraditório e a fundamentação. Nesse sentido, a evolução da teoria geral do processo, em consonância com o constitucionalismo, as teorias democráticas e as teorias hermenêuticas, orienta-se para uma convergência entre a fundamentação e o contraditório na formação de um devido processo legal substancial, isto é, além de respeitar formalidades, estes dois vetores devem transformar o processo em um ambiente dialógico em que não há autoridade subjetiva. Contudo, o desafio recai sobre como tal conjuntura pode constranger a decisão judicial, a qual insiste em se manter distante da órbita processual, permanecendo presa à órbita jurisdicional.

Nesse contexto, vários autores e várias correntes teóricas apontam para essa convergência entre o contraditório e a fundamentação como forma de tornar o contraditório mais denso no resultado final do processo, a decisão. Nesse sentido, Dierle Nunes (2008a, p. 165), diz:

Dentro da perspectiva trabalhada e para o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz ao enunciar os fundamentos da decisão deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos. Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.

Reforçando esse entendimento, L. Streck e I. Raatz (2017, p. 165) postulam que:

A compreensão do princípio do contraditório como verdadeiro direito de influência somente tem relevância se contrastada com o princípio da fundamentação das decisões. Nisso reside um dos pontos mais sensíveis do Novo Código, que, na contramão da prática judiciária brasileira, incorporou, no seu artigo 489, §1o, uma série de critérios para balizar o conceito de decisão fundamentada, dentre eles, a previsão do inciso IV do mencionado dispositivo, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. [...] Sob essa perspectiva, cabe ressaltar que a fundamentação é, também, uma espécie de resposta ao princípio do contraditório. Dessa forma, o juiz pode até considerar errados os argumentos das partes, mas deve, para resguardar o contraditório como direito de influência, levá-las em consideração, fazendo menção expressa às teses propostas pelos sujeitos processuais. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente coligado ao dever de fundamentação das decisões estatais e ao correlato direito dos cidadãos de verem as suas linhas argumentativas consideradas pelo juiz (*Recht auf Berücksichtigung*). [...] Afinal, a fundamentação da decisão se revela como sendo o principal mecanismo para que as partes possam verificar se suas atividades defensivas foram efetivamente respeitadas. Somente haverá fundamentação “completa” quando ela abranger as razões pelas quais o juiz recusou os argumentos deduzidos pelas partes.

Entretanto, a relação entre o contraditório e a fundamentação na formação desse

devido processo legal substancial se reflete, predominantemente, em um sentido, o qual consiste em possibilitar que o contraditório esteja sempre presente na fundamentação, porém, o sentido reverso é igualmente importante, ou seja, fazer com que a fundamentação esteja permeando todo o contraditório processual, possibilitando que a jurisdição esteja imersa no processo.

Nesse ponto, cabe observar a fundamentação conjugada ao contraditório sob a perspectiva do espiral hermenêutico, ou o círculo hermenêutico (*Hermeneutische Zirkel*). Assim, o círculo hermenêutico, de matriz heideggeriana e apropriado por Gadamer em sua hermenêutica filosófica, permite que a interpretação se dê como uma ampliação de sentidos que ocorre em um processo contínuo em que o intérprete é colocado no acontecer da tradição. Nesse sentido, o círculo hermenêutico é a justaposição da pré-compreensão à compreensão em um movimento cíclico que produz sentido a cada volta hermenêutica, assim como no movimento das partes para o todo. Gadamer (1997, p. 439–440), nesse contexto, expõe que:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de um pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

Portanto, tal movimento se desvencilha de qualquer método e seu acontecer se dá diante de cada fração da compreensão, rompendo uma fictícia barreira última, isto é, a cada giro hermenêutico e a cada movimento de reciprocidade entre o texto e o intérprete, os sentidos são produzidos das partes para o todo, embora nunca sejam esgotados. Feito isso, o processo como condição de possibilidades é lugar devido de ocorrer o círculo hermenêutico (*Hermeneutische Zirkel*), pois o intérprete, que representa a jurisdição no processo, ao enfrentar os argumentos trazidos pelas partes se mostra para o processo e cria condições de se construir o entendimento, deixando suas expectativas à mostra, superando seu pré-conceito sobre a discussão, sobretudo, porque a fundamentação se dá previamente à decisão, o que se dá a *posteriori* é a justificação (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (SILVA, 2009) (STEIN, 1996) (STEIN, 2015).

Porém, o que acontece, predominantemente na prática jurisprudencial, é a

fundamentação se resumir simplesmente à justificação, ou seja, em argumentos para reforçar o que já está decidido. Sobre esta discussão L. Streck e I. Raatz (2017, p. 168) enunciam:

Há muito, pela Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se advertido que “o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento.” O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Isso porque há um sentido que é antecipado ao julgador, do qual “a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento.” É claro que o julgador, em um segundo momento, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento em causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes, levando-se em consideração que a fundamentação é o locus de resposta ao direito de influência decorrente do contraditório. Fazendo isso, o julgador estará colocando em xeque o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que, nesse processo decisório, poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta adequada ao caso concreto, a partir da (boa) circularidade hermenêutica.

Além disso, é preciso diferenciar a busca pelos fundamentos e a fundamentação em si, isto é, o julgador, ao buscar a fundamentação, identificando o problema posto a seu crivo, deve se abrir às possibilidades que se apresentam para descobrir os fundamentos os quais resolvem o conflito em questão, tal busca não deve acontecer em sua consciência, pelo contrário, deve acontecer no, e pelo processo, por meio do contraditório com a participação da jurisdição e dos demais atores legitimados. Tal contexto permite que as discricionariedades não prevaleçam sobre as minúcias do caso concreto, bem como sobre o direito. Logo, a fundamentação que ocorre pelo contraditório, no mínimo, permite que o juiz deixe de ser o dono do processo para se tornar um ser-no-processo, com isso, a decisão jurídica se transforma em fenômeno do processo, e não coisa do juiz, dada em nome da jurisdição.

Tal conjuntura permite que o processo realize o diálogo entre o passado e o presente, entre o direito posto e o direito defronte à realidade, exatamente como é defendido por Gadamer (1997, p. 457), no seguinte trecho:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

Dessa forma, na construção argumentativa em que a fundamentação ocorre no

contraditório, o juiz coloca à prova seus preconceitos e permite abandonar juízos prévios, ou no mínimo, deixá-los transparecer para as partes, evitando surpresas na decisão final do processo.

5.1.1 A imersão da jurisdição no processo pelo exercício do contraditório

Os sentidos (signos e significados) do processo adaptam-se conforme a ideologia histórica, a cultura e a percepção de mundo que cercam este instituto. Em decorrência disso, a *mise en scène* processual se acomoda de acordo com a temporalidade e a comunidade que a compõe, autotransformando seus conceitos fundamentais, em especial, os que formam a trilogia estruturante processual (ação, jurisdição e processo), bem como o papel desempenhado pelos atores legitimados nesse contexto. Em outras palavras, existe uma constante alternância de funções no corpo social do processo, tanto dos atores envolvidos, quanto dos conceitos que o edificam. Por outro lado, há também uma verdadeira mutação principiológica no âmbito processual, por exemplo, o contraditório, o qual se distanciou do princípio da ampla defesa, aproximando-se cada vez mais do princípio da fundamentação. Logo, a mudança de papéis dos participantes do processo, bem como a transformação dos sentidos do contraditório perante o contexto histórico, é comprovadamente observável. Nesse sentido, Dierle Nunes (2008a, p. 159) diz que:

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um Estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.

Além disso, em um panorama de direito comparado, o contraditório é um princípio que se encaixa nessa questão da mutação principiológica, justamente, porque apresenta sinais de que a leitura desse valor dialético processual se perfilha mais a um direito de influência e um dever do magistrado em participar da construção processual do que a um simples direito à defesa, ou seja, o contraditório passou de uma postura passiva para uma atitude ativa dos participantes do processo. A respeito disso, D. Nunes (2008a, p. 162) exemplifica tal transformação principiológica da seguinte forma:

Na Alemanha, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como “direito de ser ouvido pelo juiz” (*Rechtliches Gehör*) possui um alcance similar ao francês face à interpretação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), não só operando seus efeitos no confronto entre as partes, mas sim convertendo-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribui às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos. Impõe-se, assim, a leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo.

Assim, no direito processual brasileiro, em conformidade com o direito constitucional, o contraditório também caminha para a convergência com a fundamentação e a formação de um devido processo legal substancial. Vários são os dispositivos contidos na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) que denotam essa aproximação entre estes dois princípios, os quais compõem diversas regras sistematizadas no ordenamento processual constitucional.

No sistema constitucional, o contraditório e a fundamentação estão estabelecidos em momentos separados, mas como cláusulas pétreas e direitos fundamentais. Na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), o contraditório encontra-se no art. 5º, em seu inciso LV, que diz: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” e a fundamentação está contida no art. 93, inciso IX, que traz em seu texto:

'Art. 93 [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...] (BRASIL, 1988)

Além do mais, no art. 5º, da própria Constituição de 1988, conforme o inciso LIV: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Portanto, a Constituição de 1988 é uníssona em desenhar um modelo de processo constitucional que ecoa princípios democráticos de participação com equilíbrio entre todos os envolvidos, inclusive a jurisdição, promovendo o contraditório e exigindo do órgão estatal a fundamentação. Entretanto, apesar de o contraditório aparecer no texto constitucional próximo ao princípio da ampla defesa, houve uma mudança ideológica e normativa sobre tais princípios, pois, antes, a defesa e o contraditório se confundiam como direitos de se defender perante a parte adversa e a própria jurisdição, jurisdição esta, que detinha toda a soberania

processual, posicionando as partes em papéis secundários. Contudo, aconteceu uma virada epistemológica no contexto processual, bem como desses princípios em si. Com efeito, a ampla defesa ganhou *status* de uma conjugação de vários meios jurídicos e processuais sob um prisma garantista de tornar o processo um ambiente seguro de liberdade e igualdade para os participantes disputarem suas razões e seus direitos. Por outro lado, o contraditório transformou-se em um veículo de participação de todos os atores para a construção da decisão judicial. Assim, a fala dos sujeitos processuais ganhou voz, bem como conquistou o direito de exercer influência no ecossistema processual, inclusive, abrindo a possibilidade da jurisdição participar desse diálogo.

A Constituição, como conteúdo normativo que acontece no tempo e se transforma para a realidade que a cerca, embora sempre retornando a seu texto, deu os primeiros passos para o processo alcançar o nível de linguagem. Porém, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) consagrou essa tendência em vários segmentos normativos, sendo o responsável por arquitetar um contexto processual em que o devido processo legal está acima da jurisdição e que a construção hermenêutica da decisão é de incumbência de todos, em parâmetros de igualdade e de liberdade.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) deu largos passos rumo à adaptação desse sistema para que a jurisdição esteja imersa no processo, além de propiciar um contínuo diálogo com a Constituição. O primeiro artigo do código processual que faz menção ao contraditório é o art. 7º, que traz o seguinte: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de 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". Nesse artigo, o código dá os primeiros passos para que o contraditório se desvencilhe do direito à ampla defesa, perfazendo este um conjunto maior que incorpora aquele, embora o contraditório seja o direito de defesa em sua forma ativa, prospectiva e participativa.

Em continuidade, o art. 9º expande a leitura do contraditório no caminho da atividade jurisdicional. O texto deste referido artigo preleciona que: "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Assim, neste artigo, o contraditório se reflete em um dever da jurisdição em oportunizar às partes o direito de ciência sobre quaisquer decisões envolvendo seus direitos, ou suas pretensões. Mas não apenas isso, ao olhar para o sentido desse dispositivo, é perceptível que também está contido que esta oportunidade se materializa em um direito da parte exercer sua influência sobre a decisão e

participar ativamente do provimento.

Por conseguinte, o art. 10, talvez seja o mais importante e resplandecente, justamente, porque demonstra a convergência entre o contraditório e a fundamentação na formação de um devido processo legal substancial. O presente artigo traz em seu texto o seguinte: "O juiz não pode decidir, em grau algum 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". Diante disso, tal artigo é nítido e ressonante ao impor um dever, à jurisdição, de participar do processo, consignando qualquer fundamentação ao contraditório.

Já o art. 115, estabelece textualmente que: "A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II – ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados". Apesar de este artigo estar no título referente ao litisconsórcio, a prescrição sobre a exigência do contraditório estar contido na decisão, inclusive tornando nulo o provimento que desrespeite esse requisito, torna clarividente e intencional o fortalecimento do vínculo entre a fundamentação e o contraditório.

Pois bem, o artigo 489 traz os requisitos para que uma decisão seja considerada fundamentada e, em seu inciso IV, apresenta o seguinte enunciado: "[...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador", no qual, é possível uma leitura hermenêutica em que a fundamentação é condicionada ao contraditório. Nesse mesmo raciocínio, o art. 927, § 1º aduz que: "Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo." Já, neste caso, o Código é expresso em determinar que a jurisdição tem o dever de promover o contraditório para construir a decisão do processo intersubjetivamente, pois impõe o dever de observar a jurisprudência, porém, exige que se abra a possibilidade de discussão com os demais envolvidos no processo. Assim, a leitura desses dois artigos permite a fusão de horizontes entre o dever de fundamentar, considerando o contraditório, bem como o dever de realizar o contraditório para tornar efetiva e válida a fundamentação, configurando um autêntico círculo hermenêutico entre os argumentos dos envolvidos.

Outro artigo que merece destaque para evidenciar que o código processual está aberto a possibilidade de um processo comunicacional em que a jurisdição esteja imersa no processo é o artigo 357. Este artigo prescreve critérios para uma decisão de saneamento,

entretanto, ao empreender uma leitura hermenêutica desse texto, em consonância com o art. 10, é perceptível que tal artigo configura uma possibilidade de realização do espiral hermenêutico no processo, com a jurisdição imersa nesse contexto. A seguir, apresenta-se o texto do artigo na íntegra:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de **organização do processo**:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – **delimitar** as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – **definir** a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV – **delimitar** as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º **Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes**, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento **seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações**.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências (BRASIL, 2015) (grifo nosso).

A leitura do presente artigo, combinada com o artigo 10, o qual fixa um impedimento ao juiz para decidir sem oportunizar o contraditório às partes, produz um ambiente dialógico processual no qual a jurisdição expande as possibilidades da ação e cria campo de participação para a construção da decisão judicial. Assim, se tal artigo for observado e realizado em consonância com os preceitos constitucionais do processo garantista, sistematizados com os demais artigos do presente instrumento processual, a decisão de saneamento é oportunidade para a jurisdição se integrar à argumentação processual.

Portanto, conforme o exposto, a imersão da jurisdição no processo pelo exercício do contraditório representa um dever e uma tentativa de dissolver a autoridade jurisdicional no que tange à decisão, para, assim, tornar essa construção processual mais consentânea ao

Estado Democrático de Direito. Diante do ordenamento existente sobre esta matéria, é possível moldar a jurisdição sob esta influência, pois o instituto do processo tornou-se o epicentro da trilogia estruturante do direito processual, posicionando a jurisdição, nesse contexto, como uma participante a mais que atua em igualdade com os demais envolvidos. Assim, a leitura do ordenamento processual em diálogo com a Constituição produz um verdadeiro microssistema que se expande à possibilidade de uma decisão judicial mais deferente ao processo e menos subordinada à autoridade subjetiva (discricionariedade) do representante da jurisdição.

5.1.2 Acoplagem da fundamentação ao contraditório no devido processo legal para a construção de um processo democrático e hermenêutico

O direito-dever de fundamentação para se expandir no processo, tornando-se a base edificante e condicionante da decisão judicial, necessita acoplar-se ao contraditório para conceber um sistema processual no qual a investigação e a busca por fundamentos sejam diretrizes prévias para a formação e a construção argumentativa responsáveis por revelar respostas adequadas à Constituição perante o específico contexto do caso concreto. Nesse sentido, o enfrentamento dos argumentos trazidos pelos atores processuais na fundamentação é apenas uma parte de um programa maior, um espiral entre a fundamentação e o contraditório, isto é, o contraditório como o poder de influência no, e pelo processo deve permear a fundamentação, contudo, esta deve igualmente introduzir-se ao contraditório, confeccionando uma ordenação processual na qual os fundamentos sejam revelados, intersubjetivamente, para o seu posterior aprimoramento nesse espiral, sempre reposicionando as variáveis sobre outros contextos, realizando a fundamentação para depois promover a justificação.

Em outras palavras, o processo em formato de linguagem e fenômeno cultural deve construir o sentido da decisão para depois realizar a montagem de sua estrutura. Assim, o espiral entre a fundamentação e o contraditório permite dissolver subjetividades e combater o desarranjo no qual se decide para depois fundamentar. Ao reverso disto, a correta realização desse espiral possibilita buscar fundamentos, com participação de todos os envolvidos, a fim de encontrar um núcleo em formato de resposta consentânea à Constituição, para posteriormente, limitado e influenciado por esse passado processual linguístico, expandir essa

fundamentação transformando-a em justificação. No entanto, a ação prática dessa dinâmica deve perpassar por um contraditório que influencie o processo e uma fundamentação que coordene as variáveis processuais sempre a partir do processo e dos textos jurídicos. Sobre esta percepção do contraditório presente na fundamentação como um poder de debate, Lúcio Grassi de Gouveia (2016, p. 184–185) postula o seguinte:

A fundamentação tem íntima relação com o contraditório; a ligação é tão intensa que o respeito à envergadura do segundo, em tese, e como lembrava Ovídio Baptista da Silva, dispensaria o excesso de preocupações quanto ao primeiro. Inclusive, sob a óptica do devido processo, a preocupação com o contraditório também motivou parte da doutrina a considerá-lo o mais importante dentre as normas que compõem o modelo constitucional de processo. No particular, contraditório não apenas em sua dimensão formal (informação + possibilidade de reação). Já há algum tempo a doutrina deixou de restringir o contraditório à bilateralidade da audiência (dimensão formal, estática), traduzida no conhecido binômio, reconhecendo que seu conteúdo mínimo também é composto do direito de influência (dimensão material, dinâmica), sendo um importantíssimo fator de limitação do poder jurisdicional.

Assim, o contraditório tende a ser composto por quatro dimensões, quais sejam: informação, reação, diálogo e influência. Tal fisiologia desse princípio e desse valor do processo constitucional tem a capacidade de se entranhar à fundamentação, desconstruindo a exclusividade e a soberania do juiz na decisão, abrindo as possibilidades para todos os atores processuais, dentro dos seus limites de atuação, participarem da construção da decisão judicial. Nesse entendimento, Lúcio de Grassi Gouveia (2016, p. 185) destaca:

Destarte, está correta a lição que afirma “ser o direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz e, como seu fenômeno correlato, a existência de um dever de debate por parte desse juiz”, o que também abarca sua atividade oficiosa, tanto às questões de mérito quanto às questões processuais. Destarte, também por força do contraditório-influência o magistrado deixou de ser encarado como o sujeito que detém a exclusividade na formulação da norma jurídica, reconhecendo-se igual direito às partes, as quais contribuirão com argumentos fático-jurídicos – argumentos que poderão ser acolhidos ou rejeitados, mas que devem ser enfrentados pela decisão (debatidos). Não por outro motivo, ao perspectivar as diferentes dimensões do contraditório, Ronaldo Brêtas fala em um quadrinômio estrutural, composto de informação-reação-diálogo-influência.

Porém, no mesmo sentido, a fundamentação deve fazer o caminho de ir de encontro ao contraditório. A respeito disso, L. de Grassi Gouveia (2016, p. 195) conjectura o papel da fundamentação da seguinte forma:

Nesse sentido, a fundamentação não pode ser encarada como uma garantia – isolada – de legitimidade das decisões; sobre não poder ser compreendida isoladamente, o dever de fundamentação expressa o conteúdo de outras garantias constitucionais, com destaque ao contraditório. Nessa linha, é inquestionável que a fundamentação tem um papel importantíssimo, sobretudo em virtude de seu caráter instrumental a permitir a fiscalização das demais garantias. Sem embargo, o respeito ao contraditório, anterior e condicionante da decisão, é que determinará, em larga medida, seu conteúdo.

A causa motriz dessa intercomunicação entre o contraditório e a fundamentação repousa em uma premissa da hermenêutica filosófica de Gadamer. Pois tal asserção defende a ideologia de uma compreensão que projeta os sentidos a partir da interpretação como meio hábil de dissolver as elaborações prévias da consciência na linguagem, e pela linguagem. Dessa forma, tal circunstância, ao ser transportada para o contexto processual, produz essa aproximação entre o contraditório e a fundamentação. Gadamer (1997, p. 402) descreve esse contexto geral da seguinte forma:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Essa descrição é, naturalmente, uma abreviação rudimentar: o fato de que toda revisão do projeto prévio está na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévio que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojetar, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é que constitui o processo que Heidegger descreve.

Portanto, justapondo tais ideias para a teoria do processo, as posições subjetivas, dimensionadas no interior do processo e permeadas pelo contraditório, devem compor a fundamentação, do mesmo modo que esta fundamentação necessita se formar, sendo projetada no contraditório, antes e depois do seu acontecer no processo, realizando um movimento espiral hermenêutico. Segundo Gadamer (1997, p. 403):

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ele inicia, não são arbitrarias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto a sua origem e validade. Essa exigência deve ser pensada com a radicalização de um procedimento que na realidade exercemos sempre que compreendemos algo.

Assim, a compreensão para ser autêntica deve abandonar as concepções prévias, incluindo as posições arbitrarias. Entretanto, para concretizar essa asserção dentro do contexto do processo judicial, a fundamentação e o contraditório devem atuar conectados, pois tal conexão dá à interpretação, desenvolvida no, e pelo processo, a sofisticação e o suporte para acomodar a situação hermenêutica de cada intérprete, ou seja, oferece os elementos de participação dos atores.

Todavia, com esses elementos, ainda cabe observar que estes elementos-ferramentas à disposição dos atores somente são eficazes no contexto processual, se o direito de

participação igualitário de todos os legitimados for garantido. Dessa forma, a feição democrática do processo representa essa emancipação dos sujeitos para a utilização da hermenêutica na construção da decisão jurídica no, e pelo processo, devendo abandonar a utilização exclusiva da autoridade na formação da decisão. Assim, sob esta perspectiva democrática, L. Streck e I. Raatz (2017, p. 171) afirmam:

Juízes e Tribunais não têm o dever de proferir qualquer decisão. Devem se empenhar para proferir a decisão correta para o caso (adequada à Constituição); e não basta qualquer fundamentação. As partes, em qualquer processo jurisdicional, têm o direito fundamental a que as decisões sejam uma espécie de empreendimento democrático, em que os seus argumentos sejam levados a sério e que a autonomia do direito seja respeitada, esforçando-se o órgão julgador para mostrar que a decisão em questão é a melhor, de acordo com o direito, para o caso concreto.

Em outras palavras, enquanto a hermenêutica concede refinamento do traço dialético processual na superação do argumento autoritário, em contrapartida, a democratização estrutural do processo, pela imposição de limites à atuação dos magistrados, bem como pela emancipação dos autores legitimados, garante a igualdade e a liberdade destes no ambiente dialógico processual. Diante disso, o acoplamento entre o contraditório e a fundamentação na formação de um devido processo legal substancial criam condições para a construção de um processo democrático e hermenêutico.

5. 2 O juiz como ser-no-processo

Na procura de um caminho que mostre as possibilidades para a construção de um processo e de uma decisão jurídica mais adequados ao Estado Democrático de Direito, é essencial olhar para os participantes do jogo processual, principalmente o juiz, pois este, no atual contexto teórico, é quem detém a autoridade exclusiva da decisão. No entanto, a proposta deste estudo é revelar um modelo de processo no qual seja concretizado maiores constrangimentos às formas de autoridade subjetiva, possibilitando a imersão da jurisdição ao processo com equilíbrio de poderes entre os participantes, inclusive na construção da decisão judicial, transpondo-a, da consciência da autoridade julgadora para a linguagem do processo. Porém, o simples abandono da autoridade e da soberania jurisdicional não garante por si só que a decisão seja um resultado do processo com a participação dos envolvidos, ou seja, é necessário também subverter o papel dos juízes na teoria geral do processo, retirando-lhes a autoridade subjetiva e dando-lhes um papel essencial na construção da autoridade

hermenêutica (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016a).

Basicamente, os poderes dos juízes passaram por três estágios ao longo da história, reflexo dos modelos de Estado e de processo correspondente a esses respectivos períodos, a saber: (i) o Estado absoluto em que o juiz era subordinado ao Rei e representava a vontade deste; (ii) o Estado Moderno, ou o Estado de Direito, em que o juiz era subordinado à lei e representava a vontade do parlamento; e (iii) o Estado Democrático de Direito, em que o juiz está subordinado à Constituição e representa o poder contramajoritário. Entretanto, dentre as várias transformações que ocorreram, e vêm ocorrendo, nos poderes desse agente político, tem destaque a expansão do seu poder interpretativo, ou seja, cada vez mais os juízes ganham poderes criativos. A consequência dessa premissa é que o crescimento do poder de interpretar de forma criativa, acoplado ao poder de decidir acima do poder das partes de forma discricionária, dá aos juízes a propriedade e o domínio único sobre o processo (ISAIA, 2011) (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016a).

Contudo, a liberdade decisória dos juízes é consequência, principalmente, do modelo de processo existente, ou seja, o modo de ordenação dos seus conceitos fundamentais em trilogia estrutural do processo, em que a ação é o ato dos jurisdicionados, destinado a provocar a jurisdição, a qual exerce seu poder pelo processo, para dar a solução para a questão posta (decisão), revela uma configuração de processo subordinado à jurisdição. Porém, este modelo foi pensado anteriormente aos paradigmas do constitucionalismo e da viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*). Assim, sua adaptação ao Estado Democrático Constitucional de Direito vem se dando por emendas epistemológicas pontuais, o que vem causando um implosão da teoria geral do processo, principalmente, no que se refere à decisão judicial, que ainda permanece como um ato jurisdicional que pouco, ou nada, submete-se ao processo.

É evidente que, diante do contexto contemporâneo, o processo detém condições de transformar a decisão em algo mais consentâneo ao Estado Democrático de Direito, entretanto, fortalecendo o processo por um viés hermenêutico e um viés democrático. Tal fortalecimento perpassa por uma reestruturação dos conceitos fundamentais do processo, tornando-o mais garantista e possibilitando um ambiente de igualdade e de liberdade no jogo democrático processual em que a autoridade não seja um critério de verdade. Em contrapartida, o outro viés que permite reformular a decisão judicial na teoria do processo é seu traço hermenêutico, pois o processo, diante da virada ontológico-linguística e da hermenêutica filosófica, concebe um ambiente processual em que a interpretação é uma das

forças do processo e se dá na, e pela linguagem com os intérpretes dissolvendo suas subjetividades para se chegar às respostas, isto é, a convergência entre a fundamentação e o contraditório possibilitam a formação de um devido processo legal substancial no qual o resultado é a substituição da autoridade jurisdicional por uma autoridade hermenêutica do processo (FERRAJOLI, 2002).

Por conseguinte, o rearranjo entre o contraditório e a fundamentação transforma o poder dos juízes a partir do ponto de virada que ocorre com a passagem do paradigma no qual o processo é destinado à jurisdição para o paradigma da jurisdição imersa no processo. Nesse sentido, Cristiano Becker Isaia (2011, p. 200) traz a seguinte reflexão:

É na situação hermenêutica que essa relação deve ser pensada, local onde se dará a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição-processual. Se a compreensão hermenêutica, em termos gadamerianos, pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação a atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção (que aqui se denominou de inserção do contexto da controvérsia). Um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, o que tornará possível a interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado (aqui “ser-no-processo”). Assim é que se dará o ex-surgir da compreensão, dependente da facticidade e da historicidade do intérprete, locus da pré-compreensão, condição de possibilidade para a interpretação do fato levado à jurisdição-processual. Note-se que, aplicando-se a hermenêutica de Heidegger e Gadamer ao direito processual civil, fica visivelmente comprometida a interpretação de um caso (que é sempre novo) que se apresenta à jurisdição-processual sem que o intérprete final do caso (o juiz) esteja inserido na situação hermenêutica presente àquela situação concreta, porquanto assim é que atribuirá sentido ao mesmo caso, o que depende da antecipação desse sentido pela linguagem, sua condição de possibilidade.

Portanto, o juiz ser-no-processo, correspondente ao ser-no-mundo concebido pela filosofia de Heidegger, é um diretor/realizador que deve estar imerso na linguagem processual, na construção dos sentidos pelo espiral hermenêutico, sempre buscando a fundamentação e a verdade não pela sua consciência, mas pela linguagem, como uma resposta que se revela de acordo com a Constituição e a partir do caso concreto. Nessa conjuntura, o juiz é o realizador do processo que atua em várias frentes, não exercendo poderes de ofício, mas promovendo atividades diretivas, investigativas e realizando o espiral hermenêutico entre a fundamentação e o contraditório para a construção da decisão judicial. Nesse sentido, o papel do juiz enquanto ser-no-processo consiste em: (i) promover a construção processual guiando-se sempre pela aproximação à verdade; (ii) exercer o dever de mostrar-se para o processo abandonando seus preconceitos ao menos na linguagem processual; (iii) coordenar diversas variáveis como a tradição jurídica (direito jurisprudencial) e os textos normativos; (iv) adaptar o ritmo processual à facticidade do caso concreto, dentre outras atividades

correlatas. Cristiano Becker Isaia (2011, p. 294) diz o seguinte sobre as características do juiz ser-no-processo:

Sua principal característica não é a prática da reprodução, o exercício à consciência ou o uso irrestrito de um poder discricionário justificado tanto na condução do rito processual quanto diante da necessidade na implementação das políticas público-promocionais. O juiz “ser-no-processo” é o juiz inserido na situação hermenêutica, e que por essas e outras, sem a (inviável) missão de encontrar verdades eternas ou certezas ficcionais no âmbito do processo, a partir da pré-compreensão da Constituição viabiliza a aproximação do procedimento ao fato levado à jurisdição-processual. E é quanto a este último que a oralidade se destaca, trazendo a lume a metáfora do juiz-instrutor.

Portanto, o juiz ser-no-processo é o garantidor das regras processuais e do domínio dos textos jurídicos. Assim, este sujeito não detém o conhecimento sobre todas as coisas, mas o conhecimento sobre os rumos que o processo deve tomar para se aproximar ao máximo da Constituição, produzindo uma resposta adequada a este contexto em formato de decisão. Ora, o papel dos juízes se dá em forma de tensão complementar entre o ato de transformar o processo em um ambiente de realização dos direitos fundamentais e o de construir uma decisão judicial compartilhada com os envolvidos que esteja de acordo com os limites semânticos da constituição e a tradição jurídica sobre aquele tema específico. Dessa forma, o juiz ser-no-processo é o representante da jurisdição que atua na coordenação dessa comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*), formada para construir a decisão judicial. Em outras palavras, este sujeito se insere no, e pelo processo, transformando este instituto em condições de possibilidades para o desvelamento do caso concreto perante o direito, elevando o processo ao status de linguagem que revela a decisão com a participação da autoridade jurisdicional (ISAIA, 2011) (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016a) (ROSENBERG *apud* CABRAL, 2008, p. 104).

5.2.1 O dever de imparcialidade do juiz ser-no-processo

Ao redimensionar os poderes do juiz em consonância com o constitucionalismo e a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), passando a exigir sua imersão no processo como meio de garantir que os constrangimentos processuais sejam maiores do que quaisquer formas de autoridade subjetiva, o que se quer com isso é que o processo seja a condição de possibilidades para a construção da decisão judicial a partir do caso concreto, promovendo a interpretação por meio da linguagem com garantias de participação dos atores sociais

envolvidos, em liberdade e igualdade perante o Estado, criando, nesse contexto, uma figura do juiz a qual se assemelha à ideologia filosófica de Heidegger do ser-no-mundo, isto é, em que o "ser" é aquilo que se mostra no "ente" pela linguagem, em conformidade com a historicidade que o abriga, ocultando-se e revelando-se. Nesse sentido, um juiz inserido nesse arranjo estrutural, ao ser transportado para a realidade da teoria geral do processo, torna-se um ser-no-processo (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014).

Porém, diante desse novo modelo de juiz que se revela no, e pelo processo, cabe observar suas funções a partir dos prismas da sua relação com a jurisdição e do seu dever de imparcialidade. Tais questões envolvem a superação de mitos e crenças sobre a figura do juiz que ainda perduram no imaginário teórico-processual, edificados e perpetuados no processo visto como método racionalista que produz verdade, independentemente de quem o conduz. Nesse sentido, cabe determinar de que forma o juiz ser-no-processo se encontra perante a jurisdição e como este juiz lida com suas pré-compreensões (preconceitos) e o seu passado em confronto com o presente no caso concreto. Dessa forma, é essencial abandonar dogmas como “o juiz presentante da jurisdição”; "juiz dono do processo" e “o juiz imparcial e neutro” para conceber um juiz consentâneo à filosofia da linguagem e ao constitucionalismo garantista (FERRAJOLI, 2002) (ISAIA, 2011) (TARUFFO, 2016) (TARUFFO, 2018).

Historicamente, a concepção do magistrado, como um ser humano dotado de imparcialidade, como um atributo da personalidade, tem genealogia no forte apego da ciência processual, ou até mesmo da filosofia do processo, ao método, pois esta herança racionalista projeta um retrato de juiz que não é influenciado pelas partes e não é contaminado pelos seus argumentos. Todavia, a contradição que está contida nessa premissa desmonta qualquer finalidade do processo enquanto modal linguístico de resolução de conflito com aproximação à verdade e à justiça, pois de que adianta levar o caso concreto à jurisdição, se esta não irá se envolver com o problema posto, não será motivada pelas atuações dos atores processuais e não será influenciada pela linguagem produzida naquele instituto? A resposta a esta questão perpassa pelo contexto histórico que originou essa aproximação de sentidos entre a imparcialidade e a neutralidade (TARUFFO, 2016) (TARUFFO, 2018).

Desse modo, voltando à genealogia conceitual de imparcialidade no cenário processual, no paradigma do Estado Liberal, ou no império das leis, esse componente de neutralidade dos juízes se justificava, já que estes eram praticamente seres anímicos no ambiente processual, apresentando-se apenas no momento de decidir, e, ainda assim,

decidiam estritamente conforme a lei. Contudo, já no Estado Social, o magistrado ganhou *status* de representante do Estado, isto é, o juiz era o próprio Estado, o qual se utilizava do processo como o método a seu dispor para o exercício da vontade estatal. Assim, nessa perspectiva histórica da teoria do Estado que se refletia diretamente nas fases do direito processual (sincretismo e processualismo), a imparcialidade era encarada como essa necessidade de distanciamento, conceitualmente muito próxima à neutralidade. Portanto, enquanto no Estado Liberal, os juízes decidiam estritamente conforme a lei, sem se preocuparem em adaptar a realidade ao direito, já no Estado Social, os juízes eram soberanos no processo e seu distanciamento criava um óbice a qualquer tipo de aprofundamento nas discussões, bem como afastava e esmorecia toda forma de participação dos atores processuais, tornando a decisão mais autoritária e menos democrática (TARUFFO, 2016) (RAATZ, 2016a).

Por conseguinte, no Estado Democrático de Direito, a imparcialidade expandiu seu papel, podendo ser observada em duas dimensões, imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva. A imparcialidade em sua dimensão objetiva, vista como um conceito-valor, configura um sistema de contra-poder que existe para balancear e equilibrar a atividade jurisdicional lhe dando garantias institucionais e processuais para que o representante da jurisdição possa exercer o poder contramajoritário no Estado Democrático de Direito com liberdade e independência, tal dimensão é um direito dos jurisdicionados, um dever do julgador e um fundamento do processo. Nesse sentido, a imparcialidade em sua acepção objetiva coloca o juiz como um terceiro participante, um guardião das garantias processuais e um realizador dos direitos fundamentais que atua de forma direta na transformação da realidade social no exercício da atividade específica contramajoritária de construir interpretação e conectar o conflito ao direito, produzindo uma decisão de acordo com a Constituição. Assim, existe uma repartição de funções no processo na qual o juiz detém um papel importante nesse contexto, o de um terceiro externo que zela pelo Estado Democrático de Direito, em favor do equilíbrio entre direitos fundamentais e democracia (FERRAJOLI, 2002) (TARUFFO, 2016) (TARUFFO, 2018).

Passando para a feição subjetiva da imparcialidade, é interessante valer-se da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica como vetores responsáveis por possibilitarem a superação da antiga ideologia que defende o juiz desprovido de sentimentos em relação ao caso concreto e distante das questões que formam o processo, para, no lugar, projetar o juiz ser-no-processo, imerso à linguagem. A visão que defende um juiz desprovido

de intenções e sentimentos frente ao caso concreto é maniqueísta, pois corrobora para a desproporcional autoridade jurisdicional no ambiente do processo, causando decisões arbitrárias que se fundamentam em justificativas arbitrárias e isoladas do caso concreto para sustentar posições pessoais. Tal conjuntura é incompatível com a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), exatamente, porque esse contexto, ao ser observado e sobreposto ao direito processual, propaga a ideia de um juiz, representante da jurisdição imerso ao processo, participando da construção argumentativa na qual resultará em uma decisão judicial (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005b) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355) (RAATZ, 2016a).

O magistrado, dessa forma, possui diversos deveres e interesses processuais, como, por exemplo: (i) construir uma decisão justa; (ii) zelar pelos princípios processuais; (iii) zelar pela aproximação do processo à verdade e à justiça, enfim, o julgador não é imparcial intrinsecamente, como algo de personalidade, mas tem o dever de imparcialidade para o exercício de sua função jurisdicional, e tal dever é consequência do dever de zelar pela igualdade e pela liberdade no âmago do processo, ou seja, transformar o processo em um ambiente isonômico e justo, para, posteriormente, transformar a realidade, sincronizando a tensão complementar entre a democracia e os direitos fundamentais (FERNANDES; PEDRON, 2008) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005a) (RAATZ, 2016a) (TARUFFO, 2016) (TARUFFO, 2018).

Nesse sentido, cabe destacar que, sob as lentes da hermenêutica filosófica, não há que se falar em imparcialidade como sinônimo de neutralidade, pois, apesar de tais vocábulos serem utilizados como palavras equivalentes, não o são. A neutralidade é um requisito de seres anímicos, uma característica não-humana que representa alheamento e indiferença. Assim, a neutralidade, ao ser tratada como traço de personalidade ou uma conduta humana, caracteriza-se como um atributo do sujeito que o torna distante do fato, ou do problema, isto é, a figura do juiz neutro, blindado em relação às partes, que não traz seus sentimentos para o processo, bem como não é influenciado durante o acontecer processual, além de inautêntica é problemática, porque omite as circunstâncias subjetivas que definem o comportamento de qualquer ser humano, igualmente o do juiz (TARUFFO, 2016).

Por outro lado, também é importante destacar o lugar que a imparcialidade ocupa na teoria da norma jurídica, ou seja, seria a imparcialidade uma regra ou um princípio? Nesse sentido, o conceito de imparcialidade deve ser encarado como um valor e um fundamento do

processo, ora como regra, ora como princípio. Melhor dizendo, a imparcialidade observada enquanto regras de competência, vedação a tribunais e a juízos de exceção, critérios de suspeição e de impedimentos, dentre outros, representa critérios objetivos que fundamentam o próprio processo. Porém, a imparcialidade também se encontra inserida sob o viés principiológico, tal traço pode ser observado pelo princípio da isonomia no tratamento às partes, com igualdade de oportunidades e paridade de armas, isto é, a imparcialidade é um dos reflexos da dimensão substancial da igualdade no ambiente processual, um valor fundamental para um processo garantista (FERRAJOLI, 2002) (RAATZ, 2016a).

Isto posto, a imparcialidade tomada como característica subjetiva de qualquer sujeito envolvido em uma situação hermenêutica é veementemente afastada e refutada pela hermenêutica filosófica de Gadamer, justamente, porque, para este filósofo, todo "ser" que se mostra para o mundo o faz pelo seu "ente" de acordo com sua historicidade e somente pela linguagem. Portanto, defender que existe um ser imparcial e que este é imune à linguagem desconstrói toda a ontologia da compreensão. Além disso, tal percepção da imparcialidade como algo subjetivo se revela insuficiente no trato da questão da discricionariedade e da autoridade jurisdicional, pois, caso o juiz seja de fato imparcial, pouco se pode dizer sobre sua forma de julgar, já que se admite previamente que este não coloca suas posições pessoais de maneira alguma no processo. Diferentemente disso, as intenções precedem quaisquer ações de qualquer sujeito no mundo da vida, e, para o processo jurisdicional, vale essa máxima. Portanto, juízes trazem em seu passado pré-conceitos e pré-juízos que se não forem enfrentados na linguagem processual-jurídica irão aparecer mesmo que de forma disfarçada na fundamentação que justifica sua decisão (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005b) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014).

Portanto, o caminho para enfrentar essa realidade, esquecida pela teoria processual, da imparcialidade vista como algo subjetivo, consiste em permitir que o juiz enquanto ser-no-processo se mostre no, e pelo processo por meio do devido processo legal substancial composto pela unidade entre a fundamentação e o contraditório, antecedentes à justificativa da decisão. Assim, a montagem da decisão deve ser a última parte do processo, embora a decisão em si deva acontecer no transcorrer do processo com o representante da jurisdição, o juiz, imerso no processo, confrontando suas percepções do caso e do direito, na, e pela linguagem, com a participação dos demais envolvidos até produzir uma compreensão que possa ser justificada por outras questões subjetivas, preservando a autonomia do direito sempre por meio do círculo hermenêutico (*Hermeneutische Zirkel*) (GADAMER, 1997)

(GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (HEIDEGGER, 2005b) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014).

Diante do exposto, a imparcialidade no Estado Democrático de Direito deve ser pensada como uma imparcialidade objetiva que impõe ao magistrado o papel de ser o terceiro externo e guardião das garantias processuais e das regras do jogo dentro da linguagem formal realizada, ora como regra, ora como princípio. Porém, em contrapartida, a imparcialidade em seu aspecto subjetivo deve abandonar sua feição de neutralidade e fazer com que o intérprete esteja imerso no processo na construção da decisão judicial, assim, a imparcialidade em seu caráter subjetivo deve ser vista como um dever de imparcialidade, um dever de buscar a imparcialidade no processo, para, a partir desse, desconstruir, da confrontação que despeja seus preconceitos, e começar a construir a resolução processual. Portanto, a imparcialidade em sua dimensão subjetiva deve ser uma busca hermenêutica, e não presumida como um atributo da personalidade.

5.2.2 No processo, a autoridade da jurisdição deve ser relativa: o abandono do juiz soberano e dono do processo para o juiz partícipe e diretor da produção processual

Após toda a construção do processo como linguagem e a estruturação do devido processo legal substancial, formado a partir do espelhamento entre o contraditório e a fundamentação, resta descortinar o fenômeno da autoridade jurisdicional e tracejar a autoridade hermenêutica nessa dinâmica. Entretanto, a função jurisdicional, além de ser redimensionada no que se refere a sua imparcialidade, objetiva e subjetiva, deve seguir o mesmo caminho quanto à autoridade do magistrado no processo. Nesse sentido, o juiz enquanto ser-no-processo é responsável não só por exercer funções inerentes a sua imparcialidade objetiva, mas também integrar o processo de forma orgânica, para, assim, pertencer ao devido processo legal, por meio da realização do espiral hermenêutico, expondo suas predisposições, mostrando-se para o caso concreto no curso do processo, construindo sua imparcialidade subjetiva pelo espiral entre o contraditório e a fundamentação, para, então, construir a decisão judicial, evidenciada como corolário da linguagem processual, e não da consciência do intérprete. Contudo, a autoridade jurisdicional enquanto fundamento do processo deve ser pensada sob esta perspectiva (BARBOSA; COLOMBAROLI, 2016, p. 120–147) (VERBIC, 2017b).

Por autoridade hermenêutica compreende-se a autoridade que é resultado do processo, a soma das participações de todos dos atores legitimados pela argumentação, a qual transforma a decisão em um quociente deste produto. Nesse sentido, a autoridade subjetiva do juiz necessita ser convertida em uma atividade diretiva, coordenativa e regente, pois, nessa proposta de autoridade hermenêutica, soma argumentativa construída no tempo do processo, afasta-se a exclusividade do poder decisório do juiz, bem como sua instrumentalização por meio da fundamentação que tem ao seu dispor os argumentos das partes, o direito e os demais elementos subjetivos, incluídos os elementos políticos que desvirtuam a decisão do processo, e conseqüentemente do direito. Ao reverso disso, essa descentralização da subjetividade na formação da decisão judicial objetiva criar vínculos de constrangimentos para todos os sujeitos processuais. Logo, a desconstrução da soberania jurisdicional sobre a decisão não vislumbra retirar a autoridade vista como poder subjetivo do representante do órgão jurisdicional, mas, sim, deslocar essa autoridade para outras atividades processuais que não sejam as decisórias (GOUVEIA, 2010, p.525–530) (PEDRON; BAHIA, 2016, p. 129–142).

Contudo, para a existência da autoridade hermenêutica no, e pelo processo, além de diminuir a fração de poder dos juízes no momento da decisão, é essencial transformar o processo em um centro de emancipação dos atores sociais, no qual, estes exerçam uma verdadeira cidadania jurídica, transformando o processo em uma construção hermenêutica e democrática. A possibilidade de transformação da sociedade pelo direito perpassa pela emancipação dos jurisdicionados frente ao processo, pois, caso contrário, o direito é terra dos juízes, os quais exercem seu protagonismo, implodindo o direito pela moral subjetiva e pela política, ou seja, essa emancipação em forma de cidadania jurídica repartilha os papéis dos participantes do processo, reduzindo a porção autoritária da decisão. Dito isto, Agnaldo Silva Barbosa (2016, p. 126–128), por esse mesmo raciocínio, também defende a importância da emancipação social no, e pelo processo como construção de uma cidadania jurídica, conforme os seguintes dizeres:

À primeira vista, pode parecer paradoxal elevar o direito – tradicionalmente inscrito na lógica de conservação, de manutenção da ordem simbólica – à categoria de instrumento para a emancipação. Resta claro que o direito, enquanto reflexo das forças sociais existentes, representa muito mais fortemente os interesses da classe econômica dominante, com vistas à manutenção do *status quo*. No entanto, numa análise aprofundada, observa-se que a emancipação social não representa, necessariamente, o oposto da regulação social, mas pode ser considerada seu duplo, seu processo de auto-revisão e autotransformação, através da adoção de uma postura que propugna pela transformação social. Num momento em que não cabe falar de revolução popular, uma política emancipatória não ruptural, conduzida internamente às instituições oferecidas pelo Estado Democrático de Direito pode ser capaz de produzir micro-revoluções cotidianas. [...] O Poder Judiciário insere-se nessa

prática, especialmente sob o ângulo da revolução processual, como no caso das ações coletivas, da ampliação e facilitação do acesso à justiça, admitindo uma modelagem de direito responsivo, em que a sociabilidade pode fazer parte do processo de criação do direito.

Diante dessa nova perspectiva processual de emancipação dos atores sociais, os poderes e os deveres do juiz carecem de conformidade com a premissa de uma jurisdição atuante na argumentação, na construção da decisão e no, e pelo processo. Sobre esta temática, Igor Raatz (2011, p. 77) esclarece que:

A autodeterminação democrática da sociedade se inscreve, por sua vez, nos limites demarcados por uma vinculação material carimbada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais. Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do *status quo*. Tem-se, assim, a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Nessa linha, o Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. O Estado Democrático pode ser visto assentado em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo uma "co-pertença entre ambos". Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente com o cumprimento da Constituição e com a satisfação dos direitos nela encampados. Pode-se dizer que o Estado organizado e uma Constituição só têm sentido para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade humana. O Estado deixa de ser um inimigo da sociedade, e passa a desempenhar um papel primordial de transformação das estruturas sociais a partir da concretização dos direitos fundamentais, tudo em um ambiente democrático.

Portanto, o processo no Estado Democrático de Direito não busca apenas a realização dos direitos fundamentais para os seus participantes, enquanto sua primordial finalidade, mas também almeja que sua existência seja permeada de condições democráticas e hermenêuticas, concebendo um ambiente apropriado para a emancipação dos cidadãos. No entanto, para ampliar esta participação, e igualmente possibilitar que a decisão resulte de uma autoridade hermenêutica construída por meio da linguagem processual, é preciso que a postura passiva do juiz no processo e a sua postura protagonista na decisão seja reestruturada (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016b).

Nessa perspectiva, exsurge a noção de processo como comunidade de trabalho, ou produção coletiva com divisão de tarefas, noção, a qual dissolve a autoridade jurisdicional pela participação dos demais atores, construindo qualquer entendimento por meio da unidade entre o contraditório e a fundamentação. Igor Raatz (2016, p. 288–289), nesse sentido, diz que:

Sobre a noção de processo como comunidade de trabalho e, mais precisamente, a respeito da colaboração como pauta organizativa do processo, pode-se, até para não se alargar demais no tema, fazer uma breve menção ao pensamento de Reihard

Greger. Para o doutrinador e juiz do *Bundesgerichtshof*, a correta compreensão da cooperação em relação ao papel do juiz significa que ele não deve conduzir o processo nem de modo passivo, nem de modo autoritário, mas, sim, “comportar-se, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápido e completamente possível”. A doutrina portuguesa chega, inclusive, a falar de um modelo de juiz colaborante. No que tange ao papel das partes, o denominado princípio da cooperação “não significa que elas devam oferecer o seu processo (*ihren Prozess austragen*) em íntimo companheirismo (*Zweisamkeit*)”. Bem compreendida, “a exigência de cooperação ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem”.

Porém, a proposta desse estudo vai além da significativa contribuição apresentada por Igor Raatz e avança a respeito desta concepção epistemológica, refletindo-a sobre a decisão judicial. Ora, com efeito, o redimensionamento da autoridade jurisdicional, passando a decisão de um ato para uma construção compartilhada e heterorreflexiva, resulta em mudanças nas funções do intérprete representante da jurisdição, em que este, apesar de ter a última palavra sobre a decisão jurídica, passa a ter outras atividades, sendo que o caminho até chegar à decisão exige imersão deste no processo (STRECK, 2013) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355) (VERBIC, 2017a).

Assim, a noção do processo como comunidade de trabalho precisa ser ampliada, posicionando a decisão como um corolário do processo e o resultado da produção democrática e hermenêutica que se desenvolve por meio desse instituto do Estado Democrático de Direito. Tal ambição somente pode ser concretizada, se a decisão for transportada para o processo, com a jurisdição exercendo autoridade relativa durante a produção argumentativa. Nesse sentido, os juízes têm a árdua e complexa tarefa de gerenciar o processo ao invés de subjugá-lo por meio de suas convicções e sua discricionariedade. Portanto, o papel do juiz pode ser dimensionado em duas principais frentes, a ampliação do conflito com a projeção do problema em várias perspectivas, em seguida, ir depurando esses conflitos por meio do contraditório e da fundamentação, construindo uma resolução, que, no mesmo sentido, também será aperfeiçoada, sempre pelo exercício do contraditório e da fundamentação, utilizados de modo espiral (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016b) (VERBIC, 2017a).

Em síntese, a proposta de relativizar a autoridade jurisdicional no processo, e consequentemente na decisão, aproximando estes dois institutos, perpassa pela emancipação dos atores sociais legitimados e uma revolução nas tarefas e nos poderes do juiz. O conflito posto ao crivo da jurisdição deve ser encarado pelo magistrado competente como um empreendimento democrático e hermenêutico que exige deste uma complexa atribuição diretiva, que, de modo conciso, pode ser desmembrada em duas principais atividades, quais

sejam: (i) de zelar pelas regras garantistas do jogo; e (ii) promover o aprofundamento das discussões, projetando as possibilidades resolutivas pela interpretação, ou seja, participando da planificação do problema com as possibilidades de solução, para, posteriormente, organizar a fundamentação e executar a montagem da decisão, já com os fundamentos preestabelecidos e pré-discutidos por meio do exercício do contraditório e da fundamentação, restando para o último momento processual a edição-justificativa da decisão. Contudo, tais atividades possuem grandes campos epistemológicos e pragmáticos a serem destrinchados (VERBIC, 2017a).

PARTE III

PROPOSTAS CRÍTICAS PARA A DECISÃO JUDICIAL NA TRILOGIA ESTRUTURANTE DO PROCESSO: reestruturação formal e substancial da decisão jurídica e a (r)evolução dos meios e dos fins do processo

(6) OS SIGNIFICADOS E OS SIGNOS DO PROCESSO PÓS-VIRADA ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA (LINGUISTIC TURN) (6.1) Revolução copernicana na trilogia estruturante do processo: a passagem do modelo racionalista para o paradigma da linguagem (6.1.1) Os novos conceitos fundamentais do processo e o reposicionamento dos sujeitos processuais nessa dinâmica (6.1.2) (Re)arranjo estrutural do processo como linguagem (6.2) A expansão da decisão no processo como linguagem: a valorização da busca pela decisão com proximidade e igualdade entre as partes (6.2.1) A estrutura recursal no contexto do processo como linguagem (6.2.2) O processo de execução e seu encaixe na teoria proposta

(7) A DECISÃO JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COMO LINGUAGEM E FENÔMENO CULTURAL (7.1) A decisão judicial como montagem intersubjetiva e as estruturas da hermenêutica filosófica do jogo, do diálogo e do círculo (7.1.1) Estrutura da sentença judicial em três atos (apresentação, confrontação e resolução): o conceito de pontos decisórios expansivos e depurativos (7.1.2) Decisão judicial como storytelling (7.2) Propostas críticas para a decisão jurídica: a nova concepção da decisão judicial na trilogia estrutural do processo (7.2.1) Nova feição da trilogia estrutural do processo: o processo como um conjunto universal que contém as partes: a ação, a decisão e a jurisdição (7.2.2) (Re)Classificação da estrutura processual em quadrilogia: a ação, o processo, a decisão e a jurisdição

*[...] “A única coisa que posso fazer agora”, disse de si para si e a regularidade com que os seus passos acompanhavam os dos dois homens confirmava os seus pensamentos — “a única coisa que posso fazer agora é conservar até ao fim uma serena compreensão do equilíbrio. Quis sempre ocupar-me de muitas coisas ao mesmo tempo, e ainda por cima com uma finalidade que não era muito louvável. Isso era errado. Devo agora mostrar que nem um processo que durou um ano me pôde instruir? Devo desistir como um imbecil? Devo, com a minha atitude, dar razão a quem disser que, no princípio, queria terminar o meu processo e agora, no fim, desejo começá-lo de novo? Não quero que digam tal coisa. Estou grato por me terem enviado estes homens, meto surdos e tacanhos, e por terem deixado que eu dissesse a mim próprio o que era preciso”. [...]*⁵

*Trecho da obra, O Processo, de Franz Kafka.*⁶

5 KAFKA, Franz. O Processo. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 160-161.

6 A introdução de cada uma das três partes em que foi dividida esta dissertação contém um trecho da obra

6 OS SIGNIFICADOS E OS SIGNOS DO PROCESSO PÓS-VIRADA ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA (*LINGUISTIC TURN*)

Desde o princípio da investigação proposta, o terreno foi preparado passo a passo, desconstruindo conceitos clássicos da trilogia estrutural do processo e reconhecendo novas perspectivas filosóficas no ramo do direito processual, para, então, erguer uma teoria do processo consentânea a este contexto de mudança que se apresenta no direito. Ora, a visão do processo como linguagem exige um arranjo formal garantista e um potencial hermenêutico desse instituto no Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, a conjunção desses elementos redimensiona os signos e os significados do processo, principalmente, a posição da decisão judicial nesse sistema. Nesse sentido, as implicações do processo como linguagem, composto pelas dimensões, normativa, epistemológica, cultural e hermenêutica, além de reestruturar o modo de ser do processo, possibilita enxergar quais as condições para a decisão judicial se adequar a esta realidade jurídico-filosófica, substituindo a autoridade dos intérpretes juízes pela participação argumentativa e pela imersão da jurisdição no processo, e, com isso, promover a emancipação dos sujeitos processuais na construção da interpretação jurídica e na criação da decisão judicial como produto do processo, e não como uma manifestação da jurisdição (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (HERZL, 2016) (HUSSERL, 1986) (ISAIA, 2011) (OLIVEIRA, 2013).

Entretanto, esse desenho estrutural não compreende a totalidade do empreendimento epistemológico cujo objetivo é desenvolver novos signos e novos significados para o processo, pois, uma verdadeira mudança reivindica ir além nas premissas fixadas, quais sejam: (i) uma revolução copernicana na trilogia estrutural do processo; (ii) um deslocamento da posição ocupada pela decisão judicial no sistema processual; (iii) uma visão do processo como linguagem que possibilita e projeta uma aproximação da teoria geral do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*); (iv) uma ressignificação das funções exercidas pela jurisdição e por seu representante nesse contexto; e, por fim, (v) um ponto de virada no qual se estabelece uma convergência entre o contraditório e a fundamentação como operadores substanciais da linguagem processual (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a)

literária, O Processo, de Franz Kafka, para provocar reflexões sobre a importância do direito processual, da hermenêutica nessa disciplina, bem como das formas de construção de vínculos de constrangimento do poder e quebraimento da autoridade da jurisdição na aplicação do direito no, e pelo processo.

(HERZL, 2016).

Por conseguinte, a ampliação conceitual da decisão jurídica, bem como do processo reverbera em todos os demais elementos da teoria processual, ou seja, a mudança do processo de ato jurídico complexo gerado por relações jurídicas que serve para produção de normas jurídicas, estruturado em forma de um procedimento em contraditório, segundo a ordenação conceitual de Fredie Didier Júnior (2016b, p. 85), deixa abertos diversos vácuos sobre questões essenciais que escapam a esta formulação, mas que necessitam fazer parte desse equacionamento, por exemplo, o processo como palco de emancipação pela participação enquanto centro de realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva dos jurisdicionados, e, sob o prisma da jurisdição, lugar de exercício da investigação e produção da decisão judicial, isto é, a estruturação clássica não é incorreta, embora seja incompleta sob a dinâmica filosófica do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) e das ambições do constitucionalismo no Estado Democrático de Direito (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Nesse sentido, o significado do processo, submerso ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), deixa de ser um método para se aproximar de uma linguagem, passando a ser um ambiente de emancipação dos jurisdicionados com o objetivo de produzir uma decisão judicial a partir do caso concreto, dos textos e da jurisprudência, abandonando a consciência do intérprete-julgador para ser desenvolvida no acontecer do devido processo legal, segregando os atos da jurisdição, da decisão judicial em si. Portanto, o significado do processo, nesse contexto, ambiciona ser o lugar de exercício dos direitos fundamentais de ordem processual, porém, com maior densidade aos direitos substanciais, como o contraditório e o direito à fundamentação, deixando a feição instrumentalista para assumir um prisma linguístico em que o traço procedimental é responsável apenas por garantir o exercício desses direitos. Assim, o processo torna-se a produção da decisão, não o caminho para se chegar a jurisdição (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (OLIVEIRA, 2013) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Essa mudança de significado desmonta o procedimento dimensionado em ação, processo e jurisdição, no qual o processo não guarda vínculos de constrangimento com a jurisdição, justamente por causa da cisão entre estes dois institutos, em que o processo realiza o contraditório, embora somente a jurisdição, de modo isolado, empreenda a fundamentação e emita a decisão em circunstâncias subjetivas e autoritárias. No lugar desse arquétipo, a projeção do processo em uma atmosfera de linguagem permite ordená-lo em três fases: (i)

pré-produção da decisão judicial; (ii) produção da decisão judicial e (iii) pós-produção da decisão judicial, com a jurisdição imersa nesse acontecer. Essa proposta contempla um modo de processo mais completo e aderente à realidade, justamente, porque não ignora a subjetividade como uma força que, inevitavelmente, atua nesse ambiente, para que, em substituição a essa forma de axiomatização, possa-se admitir a existência desse elemento, porém, tratando-o no, e pelo processo, criando a possibilidade de diminuir sua participação no resultado final da linguagem processual. Sob outro ponto de vista, o modelo de processo focado na produção da decisão possibilita aproximar o processo a uma forma de saber e distanciá-lo de uma forma de autoridade (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Ora, ao pensar o processo como linguagem, ao contrário do processo estruturando em atos de fala pontuais, únicos, desconexos e não depurativos da questão jurídica posta, criou-se a possibilidade de trazer ao processo jurisdicional a hipercomplexidade e policontextualidade da dinâmica da informação, bem como condicionar esta informação ao conhecimento e à busca pela aproximação à verdade. Em outras palavras, o processo necessita assemelhar-se muito mais a uma conversação do que a uma cadeia de atos, todavia, esta conversação deve ser estruturada em um ambiente formal com balanceamento entre as autoridades subjetivas como meio de preservar a autonomia do direito. Ocorre, porém, que toda a teoria geral do processo é edificada sob a égide do método e do procedimento dedutivo de aplicação do direito por meio da autoridade subjetiva como regente desse sistema. Diante disso, além da mudança filosófica do "modo de ser" do processo e da alteração de seus significados, é indispensável, também, alterar os seus signos (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

Dessa forma, para a (re)organização dos signos do processo, primeiramente, é necessário identificar tais signos, classificando-os em grupos, para posteriormente posicioná-los em uma das três fases propostas do processo como linguagem. No entanto, antes dessa reorganização, é preciso detalhar as três fases do processo enquanto linguagem.

No que diz respeito à fase da pré-produção da decisão, esta fase processual representa a montagem da infraestrutura garantista, ou seja, é a fase responsável por preparar todo o processo assim como seus atores para a fase seguinte. Nesta fase, encontram-se os pressupostos processuais, as invalidades processuais e todos os signos encarregados da formação do processo, da composição da *mise en scène* processual e da distribuição de papéis e poderes para os atores envolvidos, culminando com um projeto para a decisão, identificando

o problema posto, apresentando-o aos demais envolvidos. Por conseguinte, as decisões liminares encontram-se nessa fase, pois, sejam de urgência, sejam de evidência, tais decisões são garantias processuais de distribuição do ônus do tempo para o prosseguimento do processo, apesar de o contraditório e da fundamentação em formato espiral pertencerem a estrutura desse tipo de provimento decisório, embora de modo mais superficial e sumário. Em continuidade, é importante ressaltar que o contraditório, acoplado à fundamentação, participa substancialmente desse momento processual, contudo de maneira mais organizacional do que investigativa, isto é, nesta fase, impera a distribuição de poderes para o acontecer decisório no processo.

Em relação à segunda fase, a produção da decisão judicial em si, esta é a encarregada de transformar o problema posto em um confronto, ou seja, a partir do projeto de conflito e da solução contida na ação, na defesa e em todos demais elementos (fáticos e jurisprudenciais), realiza-se o desenvolvimento da ação por meio da espiralidade entre o contraditório e a fundamentação, visualizado de modo semelhante a um gráfico em formato de parábola invertida, uma curva crescente, iniciando-se de forma concentrada e expandindo-se nas questões periféricas e centrais até o ápice da discussão com a busca de fundamentos para a montagem da decisão judicial. O final dessa fase é o momento em que a discussão alcança sua maior amplitude, e o fundamento para a decisão é encontrado e confrontado com os participantes, incluída a jurisdição, por meio do exercício espiral do contraditório e da fundamentação, ou seja, é o primeiro hemisfério dessa parábola. Nesta fase, encontram-se, além de toda a fase instrutória e a fase decisória do modelo vigente, os signos processuais do contraditório e da fundamentação em sua dimensão expansiva do problema posto, buscando os fundamentos aptos a servirem de base para a formação da decisão.

Por fim, a última fase, a pós-produção da decisão, é o momento que, a partir dos fundamentos encontrados no, e pelo processo, a jurisdição, por meio de seu representante, irá coordenar a decupagem (o recorte) e a edição (a montagem) da decisão. Nesta fase, a discussão sobre os fundamentos encontra-se superada, o que se busca é a justificação e a formação do provimento com a participação dos envolvidos. É o momento no qual os atores já com os fundamentos planejados no processo exercem sua atuação no sentido de aprimorar tais fundamentos em consonância com a minúcia do caso concreto, tal momento processual é o segundo hemisfério da parábola invertida, supracitada, uma curva decrescente, é a resolução do conflito, já com o fundamento ligado a este conteúdo. A montagem é a fase processual na qual se retiram os excessos da fase anterior para tornar a decisão jurídica um texto narrativo

coeso, realizando o encaixe dos fundamentos aos fatos, superando, assim, o modelo de sentença enquanto fórmula.

Portanto, diante das premissas construídas, os significados e os signos do processo perpassam por mudanças conceituais e estruturais na dinâmica do processo como linguagem. Contudo, essa reordenação exige o encaixe correto para que o processo, de acordo com essa perspectiva, torne-se uma condição de possibilidades para a realização do direito, adequando-se de fato ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355).

6.1 Revolução copernicana na trilogia estruturante do processo: a passagem do modelo racionalista para o paradigma da linguagem

A passagem da teoria processual do modelo racionalista para o paradigma da linguagem provoca uma verdadeira revolução copernicana no universo do processo, alterando seus conceitos fundamentais, principalmente, pela troca do eixo central da trilogia estruturante do direito processual, saindo a jurisdição como detentora da função estatal de promover justiça, que se utiliza do processo enquanto instrumento, para o processo alcançar o *status* de instituto do direito, empreendimento democrático e entidade autônoma que subordina o Estado e os demais da comunidade aos conteúdos legitimamente produzidos em respeito à constituição e com permeabilidade à realidade social. A consequência dessa revolução atinge todos os signos (conceitos singulares) processuais e os significados do processo (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a) (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 317–355) (TRINDADE, 2015).

Nesse sentido, a quebra do modelo racionalista acontece por meio da implosão e da incompletude dos conceitos da trilogia estrutural, especialmente, a jurisdição e a ação, no papel de acomodar a decisão judicial no Estado Democrático de Direito. A ruptura do método para a linguagem exige a revitalização e a ressignificação de diversos ícones da teoria geral do processo, bem como dos teoremas que se utilizam dessas variáveis. Em primeiro plano cabe destacar que, no Brasil, o próprio constitucionalismo permeou o processo com uma identidade garantista e tal característica influenciou toda a processualística, seja ela penal, civil, trabalhista, administrativa ou a própria jurisdição constitucional. Em consequência desse fato, a estrutura da decisão jurídica como ato da autoridade jurisdicional e a edificação de sua

organização em relatório fundamentação e dispositivo também sofrem por essas influências garantistas, porque este paradigma democrático exige maior deferência das decisões ao processo (COSTA, 2010) (FERRAJOLI, 2002) (GOUVEIA FILHO, 2008) (HERZL, 2016) (LOPES, 2015).

Em consonância com este contexto, outros pilares do processo também vêm sendo modificados. Por um horizonte, percebe-se o aumento da participação dos envolvidos no processo, com diminuição da autoridade decisória e o fortalecimento da autoridade argumentativa como forma de incorporar ao processo traços democráticos. E, em outro prisma, diversos elementos tidos como externos à decisão são colocados no processo aptos a constranger o intérprete-juiz, embora ingressem nesse sistema por meio de filtros e critérios do próprio direito. Assim, com a virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), a facticidade por meio das provas, responsável por promover a interconexão do direito com outras áreas do conhecimento, e o passado histórico do direito, encarregado de propiciar a integridade e a coerência do direito, por meio da tradição e da jurisprudência, passaram a integrar a decisão judicial de modo orgânico, reposicionando esse instituto da consciência para a linguagem (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a).

Portanto, tais elementos, que antes eram observados pelo juiz discricionariamente, passaram a orbitar o processo e a exercer peso sobre a decisão. Dessa forma, diante da hipercomplexidade das questões sociais que se apresentam ao direito em sua feição deontológica, o processo de formação da decisão, intermediado pela hermenêutica enquanto mediadora dos sentidos, tende a se desprender cada vez mais da consciência do intérprete para acontecer na, e pela linguagem. Com efeito, o intérprete-julgador deve acolher o conhecimento produzido no ambiente externo do processo, tanto em perspectiva espacial, quando se trata das provas, quanto em perspectiva temporal (historicidade e tradição), quando se trata de construção jurisprudencial (CARNEIRO, 2009) (COSTA, 2008) (FERRAJOLI, 2002) (GEDRAT, 2008) (GONÇALVES, 2011) (GOUVEIA FILHO, 2008) (WILD, 2016).

Consequentemente, impulsionado por mudanças filosóficas e pela consolidação do constitucionalismo enquanto um corpo robusto de garantias contra quaisquer formas de arbítrio, é possível observar que existe uma expansão de determinados conceitos da teoria geral do processo e uma diminuição de outros, ocorrendo uma revolução de sentidos do processo, tal mudança aponta para uma aproximação desse instituto à linguagem, abandonando sua identidade como método. Entretanto, tais apontamentos, além de diagnósticos, constituem diretrizes para a formação e a construção de um novo modelo de

processo. Assim, as premissas jurídico-filosóficas do marco teórico garantista e do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) articulam-se, criando o ambiente propício para um novo arquétipo de processo. No entanto, é essencial realizar esta passagem do método para a linguagem em constante observação da realidade que se apresenta no direito e dentro do próprio processo. Por isso, a importância de realizar o ajuste fino de cada conceito a estas novas premissas, em especial a decisão judicial (FERRAJOLI, 2002) (ISAIA, 2011) (RAATZ, 2011).

6.1.1 Os novos conceitos fundamentais do processo e o reposicionamento dos sujeitos processuais nessa dinâmica

É essencial olhar para o todo da trilogia estrutural do processo em consonância com suas partes, para que a percepção desse trinômio conceitual organize a ideologia do processo voltada para a produção da decisão, transformando o processo de conhecimento no próprio processo decisório, e, conseqüentemente, exercendo influência nas demais fases processuais, ou seja, retirar o processo da condição de construção de elementos para a decisão, para transformá-lo no próprio produtor da decisão judicial. Dessa forma, a aproximação do processo ao constitucionalismo e sua adequação à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) revigora seus conceitos elementares e reverbera essa visão nos demais conceitos periféricos, possibilitando um projeto arquitetônico de processo consentâneo à contemporaneidade e à modernidade pós filosofia da linguagem. Em outro prisma, os sujeitos que integram esse sistema, os juízes e as partes, tendem a aproximar-se hermeneuticamente, embora com papéis mais bem definidos e maiores limites quanto a subjetividade de cada personagem processual.

Ora, a redefinição dos signos da trilogia estrutural do processo é o ponto de partida para o renovação da própria sistemática processual. No entanto, é preciso construir e apresentar tais elementos, coerentemente ao exposto até aqui e estruturados em um sistema de signos socializados, isto é, composto de um significado, em forma de ente abstrato (conceito) e de um significante, a parte tangível (uma imagem material do signo), ou seja, cada signo é composto de duas dimensões, o significante e o significado, uma imagem acústica e um conceito. Tal percepção permite olhar para os signos da trilogia estrutural do processo isolados, e também inseridos na conjuntura que os abriga (CASTILHO, 2010).

Em primeiro plano, cabe direcionar a observação para o processo enquanto signo motriz de toda a teoria processual. Nesse sentido, o processo pode ser visto, enquanto significado (conceito), por meio da seguinte estrutura: instituto do Estado Democrático de Direito estruturado em forma de linguagem multidimensional que possibilita a construção de um campo gravitacional normativo com a função de acomodar a jurisdição e os jurisdicionados, dispendo-os em um ambiente de igualdade e liberdade para a produção de uma decisão judicial justa, realizando a aplicação/criação do direito, balanceando sua face deontológica com a realidade, para a produção de sua face ontológica, sendo um meio de acontecimento do direito no qual se destina maior peso à verdade do que à autoridade. Em um referencial externo, olhando apenas em sua forma, o processo pode ser visto como: a entidade essencial para a vida do, e no Estado Democrático de Direito que compreende uma universalidade de atos e um conjunto de relações que se criam, expandem-se, depuram-se e extinguem-se durante sua existência. Feito isso, no que diz respeito à sua imagem acústica (significante), este conceito pode ser concebido como uma entidade composta por arcos intersubjetivos que se desenvolvem em forma de linguagem.

No que diz respeito à Jurisdição, seu significado pode ser dado como a função do Estado de promover o processo, realizando a aplicação do direito sob duas perspectivas: a transformação do processo em um ambiente de igualdade e de liberdade para os participantes, bem como a busca pela construção do direito a partir do caso concreto em conformidade com a Constituição e com intuito de promover a pacificação social, no, e pelo processo, ofertando um terceiro com o dever de imparcialidade e de argumentação, incumbido de ser um partícipe da linguagem processual. Por conseguinte, sobre o seu significante, a jurisdição é a face do Estado responsável por promover o processo e exercer o poder contramajoritário dentro dele.

Por fim, no que se refere à ação, seu significado pode ser dado como sendo a provocação formal, exercida por qualquer legitimado da comunidade, destinada a realizar o chamamento da jurisdição para que esta promova o processo, oferecendo um terceiro com dever de imparcialidade para participar e garantir a construção do ambiente processual, assegurando a juricidade da produção da decisão jurídica. A ação é o ato responsável por materializar um conflito, apresentando um projeto de resolução no qual se busca uma decisão conforme o direito e a Constituição, que garanta aos envolvidos, como autor ou como réu, o direito pretendido, ou uma resposta negativa, devidamente fundamentada e permeada pelo contraditório. Em relação a sua imagem acústica (significante), a ação é o ato que detém a aptidão de chamar a jurisdição para inaugurar o processo, materializada em forma de um

projeto-roteiro para a decisão judicial, é o esboço do conflito e de sua solução (antecedente) no qual se busca a formação de uma decisão jurídica (consequente).

Portanto, com tais conceitos em mãos, é factível visualizar a expansão do processo como abertura democrática e hermenêutica do campo de possibilidades da ação, assim como é possível observar a expansão da decisão nesse universo como fusão de horizontes hermenêuticos, subvertendo o papel da jurisdição nesse contexto a partícipe dessa construção, e não como autoridade soberana. Dessa forma, os sujeitos participantes do processo, apesar de serem transportados para a linguagem, ganham autonomia, pois, em um ambiente subjetivo, a autoridade do mais forte prevalece, ao contrário disso, em uma atmosfera de subjetividades pulverizadas, ou seja, miscíveis e dissolvidas no, e pelo processo, com predomínio da linguagem, a igualdade e a liberdade se fortalecem.

Assim, os personagens processuais, sejam eles juízes ou partes, ingressam no processo com interesses antagônicos, embora com pontos de convergência, mas que, por meio da linguagem, têm a possibilidade de desenvolver a decisão no, e pelo processo. Esta simples mudança de eixo, da jurisdição para o processo, provoca profundas consequências, dentre as principais, estão a diminuição da autoridade, e, conseqüentemente, a diminuição da parcela subjetiva que compõe a decisão judicial.

6.1.2 (Re)arranjo estrutural do processo como linguagem

A partir desse ponto de vista, a percepção do processo como linguagem cria condições para um novo balanceamento de forças no modo de aplicação do direito, promovendo um (re)arranjo estrutural dos signos e dos significados dos elementos e das fases processuais. Nesse sentido, é curioso perceber que a mudança de foco no objetivo do processo, o qual deixa de ser uma cadeia de atos preordenados aptos a produzir elementos de convicção destinados ao juiz, para tornar-se a própria produção da decisão judicial com o representante da jurisdição imerso no processo, provoca significativas alterações em vários conceitos processuais, inclusive, reposicionando alguns de uma área do processo para outra. O processo como linguagem, ao voltar seu foco para a decisão, pode ser estruturado em três fases, quais sejam: a pré-produção, a produção e a pós-produção da decisão judicial, ou por outra nomenclatura, as fases da apresentação, da confrontação e da resolução, aproximando a decisão de uma produção narrativa (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001)

(GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 2006) (McKEE, 1999).

Em primeiro plano, cabe destacar que os elementos processuais do contraditório e da fundamentação, responsáveis por formar o devido processo legal em seu prisma substancial, permeiam todo o processo atribuindo a este o traço linguístico (sistema comunicacional), além, é claro, do devido processo legal formal, aproximando este instituto de uma conversação em detrimento do método. Dessa forma, o devido processo legal em sentido amplo, pode ser compreendido como um modelo de processo que coexiste de modo dialógico com a Constituição, carregando em sua estrutura orgânica a atmosfera dos direitos fundamentais, na qual se preordena toda e qualquer ação por meio de uma justificativa fundamentada, bem como se organizam todos os atores participantes em um contraditório. O aspecto formal do devido processo legal é responsável por assegurar ao processo um corpo de regras gerador de liberdade e igualdade para seus participantes com o propósito de combater quaisquer formas de arbítrio. Já o aspecto substancial representa as possibilidades hermenêuticas e democráticas do processo, ou seja, é a convergência entre a fundamentação e o contraditório na formação de um espiral dialógico para todos os atores processuais, tal construção representa um ponto de virada no qual o contraditório se afasta da ampla defesa e se aproxima da fundamentação, deixando de ser um direito processual reativo, para tornar-se proativo (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 1999) (McKEE, 2006).

Nesse sentido, tanto o aspecto formal do devido processo legal (conjunto de regras garantistas) quanto o aspecto substancial do devido processo legal (convergência entre o contraditório e a fundamentação para possibilitar a criação de uma atmosfera de linguagem) permeiam toda a ordenação processual e suas três fases, a pré-produção, a produção e a pós-produção. Este conjunto representa as forças regentes que organizam o processo como linguagem e dão vida à conversação processual. Por outro lado, os demais elementos que edificam o processo como linguagem são responsáveis por delimitá-la e por particionar o processo em três fases, a fase destinada a preparar os fatos e os atores processuais para a construção da decisão judicial, a fase da construção da decisão judicial em si, e a fase final da pós-produção, fase da montagem e da edição, responsáveis por transformar a resolução do conflito em uma narrativa com a participação dos envolvidos (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 1999) (McKEE, 2006).

Por conseguinte, a fase da pré-produção da decisão abriga as regras de competências processuais, os pressupostos processuais, todas as questões preliminares, incluindo as tutelas

provisórias, as formas de intervenção, a formação do processo, as fases conciliatórias ou mediativas, as exceções e respostas do réu, enfim, todas as partes do processo que irão permitir criar um ambiente propício para o desenvolvimento da fase decisória são alocadas nesse espaço processual. Conseqüentemente, os atos do juiz nesse momento do processo são destinados a formar os personagens processuais e garantir as condições para os sujeitos construírem, de forma heterorreflexiva, a decisão, além de projetar a planificação do caso concreto no processo. O ato formal que encerra essa fase é a apresentação, realizada por meio do contraditório e devidamente fundamentada, na qual se estabelecem quais os caminhos, qual a forma do percurso adotado para prosseguir a investigação, quais as questões que orbitam o caso concreto, tal fase estabelece o cronograma processual e as perguntas a serem respondidas no, e pelo processo. Por conseguinte, além desse aspecto de direito material, a fase da apresentação, ou planificação do problema, também tem aspectos formais que visam dar dinamismo e continuidade ao processo, criando calendários processuais, fixando convenções e projeções sobre a produção de provas, resolvendo as questões preliminares, enfim, estabelecendo o conflito e suas possibilidades de expansão (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 2006) (McKEE, 1999).

No que se refere à fase da produção da decisão judicial em si, todos os esforços são direcionados para encontrar os fundamentos das questões propostas, expandindo o problema em vários arcos processuais, fixando questões incidentais, questões jurisprudenciais, tratamento das provas por meio do contraditório e da fundamentação, realizando audiências para discutir questões incidentes, bem como as questões principais, promovendo todos os esforços para expandir o conflito até culminar em um ponto em comum, o fundamento que responde à questão central do caso concreto. Assim sendo, ao final dessa fase, produz-se a decisão em estado bruto, a confrontação do caso concreto, ou seja, o resultado da conversação processual que expandiu um problema e encontrou os fundamentos para a resposta principal do caso. Nesse sentido, é importante ressaltar que, nesta fase, ao contrário do processo guiado pelo método, o juiz participa do contraditório e busca fundamentos conjuntamente com as partes, provocando questões que permeiam o caso concreto, tendo a última palavra, embora sempre acompanhada de fundamentos e do contraditório, isto é, neste momento, há um diálogo tridimensional, ou multidimensional entre os atores e o diretor da produção processual, que se mostra para o processo com objetivo de realizar a compreensão (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE,

2006) (McKEE, 1999).

Já na última fase, a pós-produção da decisão judicial (montagem e edição), o processo se resume à confrontação, tal peça é objeto de depuração por meio do espiral entre o contraditório e a fundamentação até se chegar a uma decisão final, uma resolução do caso concreto, composta pelas partes essenciais, uma narrativa do processo que representa resposta para aquele caso concreto e faz a coisa julgada. Nesse sentido, a importância dessa fase consiste em trabalhar na decisão já fundamentada e permeada pelo contraditório para encontrar justificativas para a fundamentação encontrada e oportunizar um contra-argumento sob o próprio fundamento, esse momento processual visa realizar o espiral hermenêutico e depurar a confrontação. Portanto, a fase da pós-produção da decisão visa ordenar as questões na cronologia adequada, sopesar as provas de modo consentâneo, realizar a sintonia fina entre a jurisprudência e o caso concreto, ou seja, enquanto na fase da produção da decisão o objetivo é realizar perguntas que depurem o caso a uma questão central, na fase da edição da decisão (pós-produção), parte-se dessa resposta central para ir realizando o movimento inverso e responder a questões correlatas do caso em questão, pormenorizando vários elementos, para então transformar a decisão em um texto coeso que transmita o problema, montando os sentidos da decisão a partir do conjunto de sentidos produzidos no, e pelo processo (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 2006) (McKEE, 1999).

Portanto, a visão do processo como linguagem provoca um rearranjo estrutural em seus elementos para adequar este instituto em uma atmosfera de conversação, conduzida por operadores substanciais e formais. Os operadores substanciais responsáveis por assegurar a espiralidade comunicacional do processo são identificados pelo devido processo legal substancial, formado pela convergência entre o contraditório e a fundamentação, e pelo devido processo legal formal, concebido como um conjunto de regras bem definidas sobre a distribuição de poderes no ambiente processual. Por outro lado, os operadores formais são a redivisão do processo em três fases, apresentação, confrontação e resolução. Nesse sentido, esta reordenação provoca uma migração de conceitos para diferentes territórios do processo, além de promover um redimensionamento de outros para conformar este instituto à linguagem. Assim, a expansão do processo exige esta adaptação para concretizar suas possibilidades hermenêuticas e democráticas de modo orgânico e balanceado (FIELD, 1979) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (McKEE, 2006) (McKEE, 1999).

6.2 A expansão da decisão no processo como linguagem: a valorização da busca pela decisão com proximidade e igualdade entre as partes

O acoplamento do processo ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) exige uma revolução dos conceitos da trilogia estrutural do processo, assim como um deslocamento espacial e geográfico da decisão judicial nesse sistema, entretanto, tal rearranjo não se resume apenas a uma troca de posições, pois, o que de fato se revela necessário para esta reestruturação do processo é a modificação de determinadas noções elementares, inclusive, por meio da expansão dessas noções no universo processual. Assim, dentre os principais conceitos com propensão para se expandirem, estão o processo e a decisão judicial, ou seja, o processo deve abandonar sua feição de instrumento da jurisdição, para tornar-se uma linguagem multidimensional na qual estão dispostos os sujeitos processuais em um ambiente de igualdade e liberdade para a produção de uma decisão judicial justa, e, no mesmo sentido, a decisão jurídica deve deixar de ser um ato da jurisdição, para converter-se em uma construção heterorreflexiva no, e pelo processo (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (ZAGREBELSKY, 1999).

Dessa forma, a nova identidade de tais conceitos ocorre em consonância com os objetivos do processo no Estado Democrático de Direito em promover os direitos fundamentais em todas as esferas com limitações a qualquer forma de arbítrio. Desse modo, o processo como construção da decisão e a decisão como produto deste, por meio da participação dos envolvidos, proporciona um tipo de processo que passa de eco ressonante da voz do Estado, para subordinar o próprio Estado aos ditames da construção processual em conformidade com a Constituição. Tal configuração tem por ambição resolver um problema predatório do direito na contemporaneidade, qual seja: a discricionariedade acompanhada de autoridade como uma fonte geradora de decisionismo subjetivista que, pela ausência de critérios e limites, acaba se afastando do próprio direito (FERRAJOLI, 2002) (STRECK, 1999) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014).

Exatamente por este viés, busca-se por um arquétipo de aplicação do direito no qual a condição de igualdade e liberdade entre os envolvidos no empreendimento democrático e hermenêutico do processo atinja duas condições existenciais: (i) o processo revestido de garantias individuais de participação dos envolvidos, bem como de proteção contra quaisquer

formas de poder arbitrário; e (ii) o processo permeado pela hermenêutica filosófica, desenvolvido em forma de linguagem, tendo como força motriz a busca pela decisão judicial alinhada aos preceitos constitucionais. Tais condições representam a revolução copernicana na trilogia estrutural do processo, pois este ultrapassa a posição de instrumento para atingir a condição de linguagem, de subordinado à jurisdição, para entidade do Estado Democrático de Direito que incorpora a jurisdição na busca pela construção da decisão judicial (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (TRINDADE, 2015).

Tal conjuntura permite visualizar claramente a expansão tanto do processo quanto da própria decisão judicial, embora o que esta mudança substancialmente revele é a valorização da busca pela decisão jurídica e um novo papel dos sujeitos processuais nessa dinâmica. Por essas razões, toda a sistemática processual, influenciada por esse campo de forças, transforma o processo de conhecimento em uma parte significativa do processo decisório com a decisão sendo distribuída por toda a cadeia linguística processual como modo de expulsar subjetividades. No entanto, é preciso ressaltar que essa nova forma de processo ambiciona diminuir a discricionariedade no momento da decisão judicial, tornando este instituto jurídico mais próximo da verdade do que da autoridade, promovendo um quebramento nas formas de procedimento preestabelecidos, para realizar o processo por meio de técnicas fixadas e desenvolvidas sempre pelo espiral entre o contraditório e a fundamentação, permitindo que a decisão seja revelada no, e pelo processo, sempre a partir do caso concreto (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (ZAGREBELSKY, 1999).

Assim sendo, uma vez que a participação, tanto dos jurisdicionados quanto da jurisdição, deixa de ser mera alegoria e se torna condição para a construção da decisão judicial, os atores envolvidos e o diretor da produção processual, o juiz, devem atuar em prol de alcançar e construir uma decisão jurídica consentânea ao Estado Democrático de Direito. Essa virada epistemológica influencia todas as fases processuais, pois a participação qualificada pelo contraditório e pela fundamentação de modo espiral revela as subjetividades de cada personagem processual e também possibilita dissolvê-las no transcorrer do processo. Com isso, há evidentemente uma diminuição das discordâncias, pois eliminam-se os atos autoritários, assim como possibilita enfrentar questões periféricas antes de se chegar ao provimento final (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (ZAGREBELSKY, 1999).

Portanto, nesse contexto de processo, a decisão ganha a dimensão de objeto finalístico a ser buscado por todos os envolvidos em igualdade de argumentação, deixando de

ser um ato no qual se atende, ou não, um determinado pedido, para se tornar uma produção que parte de um problema e persegue uma resolução dentro do direito sem desconstruir a especificidade do caso concreto, conduzida pelas provas, pela jurisprudência e pela participação, transformando-se em um produto mais próximo da verdade do que da autoridade. Com efeito, a decisão ultrapassa a percepção de um ato da jurisdição que encerra o processo, para, a partir daí, transformar-se em uma série desses atos tomados no, e pelo processo, permeado pelos demais personagens processuais, ou seja, transformando os atos da jurisdição em partes menores do que a decisão em si (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002).

Por conseguinte, o conceito de decisão no processo como linguagem deve possibilitar sua distribuição ao longo de toda a cadeia processual, reduzindo a parcela de subjetividade que compõe os provimentos a uma fração mínima, por exemplo, as provas devem ser discutidas até o exaurimento, não deixando espaço para a discricionariedade no momento final do processo, no mesmo sentido, os precedentes judiciais ou o direito jurisprudencial devem ser enfrentados no contexto do processo, visando revelar o fundamento, e, por fim, a fundamentação deve ser algo prévio à decisão, pois, na decisão como produto do processo, os fundamentos buscados devem se tornar em pontos de constrangimentos que impeçam quaisquer desvios no resultado do processo, sob pena de nulidade (FERRAJOLI, 2002) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (LUHMANN, 1980).

Porém, o diagnóstico dessa expansão conceitual da decisão jurídica no processo, por meio da valorização da igualdade e da busca pela decisão com proximidade dos envolvidos, como forma de atrair verdade para o resultado do processo em detrimento da autoridade, ainda não é suficiente para construir uma definição satisfatória sem antes observar determinadas zonas processuais que ainda são influenciadas pelo modelo de decisão judicial enquanto ato da jurisdição, pois, como todo sistema fechado que se altera pela expansão de suas partes, é necessário balancear o todo e readequar as demais partes para alcançar o equilíbrio estrutural.

6.2.1 A estrutura recursal no contexto do processo como linguagem

O recurso é um meio de contestar uma decisão judicial, final ou interlocutória, representando uma forma de prolongar o processo com a intenção de reverter o resultado proferido pela decisão jurídica, invocando um órgão hierarquicamente superior para examinar o caso concreto em discussão. No entanto, o conceito de recurso não é algo inerente ao processo, ao reverso disso, é um conceito jurídico-positivo que deve ser observado em cada sistema processual, sendo dado em conformidade com o modelo de ordenamento no qual está inserido, ou seja, não é um conceito jurídico-fundamental pertencente à base da teoria do processo, como a decisão, por exemplo. Esse tema do direito processual é definido por Fredie Didier Júnior (2016b, p. 87–88) da seguinte forma:

Etimologicamente, o termo recurso significa refluxo, refazer o curso, retomar o caminho ou correr para o lugar de onde veio. Na linguagem jurídica, o termo é usualmente empregado num sentido amplo para identificar todo meio empregado por quem pretenda defender o seu direito.[...] Numa acepção mais técnica e restrita, recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração. [...] O recurso é o meio de impugnação da decisão judicial utilizado dentro do mesmo processo em que é proferida. Pelo recurso, prolonga-se o curso (a litispendência) do processo. A ação autônoma de impugnação é o instrumento de impugnação da decisão judicial, pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar ou interferir em decisão judicial. Distingue-se do recurso exatamente porque não é veiculada no mesmo processo em que a decisão recorrida fora proferida. São exemplos: a ação rescisória, a *querela nullitatis*, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e o habeas corpus contra ato judicial e a reclamação. Sucedâneo recursal é todo meio de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação. É uma categoria residual: o que não for recurso, nem ação autônoma, será um sucedâneo recursal. A categoria dos sucedâneos recursais engloba, enfim, todas as outras formas de impugnação da decisão.

Diante do exposto, os recursos subdividem-se em recurso propriamente dito, em ação autônoma de impugnação e em sucedânea recursal, sendo que esta última subdivisão representa uma categoria residual. Assim, planejada essa análise inicial, o direito ao recurso é um direito ligado ao direito de ação, pois visa dar continuidade a litispendência existente. Entretanto, a prática jurisprudencial pátria tem invertido a ordem desse instituto processual, tornando-o problemático para a uniformidade, a coerência, a igualdade e a melhor aplicação do direito no Estado Democrático de Direito. Tal disfunção é influenciada por vários fatores, dentre os quais, têm destaque relevante: (i) o constitucionalismo e a implosão do sistema recursal dada pela prodigalidade dos meios de impugnação das decisões; (ii) a jurisdição constitucional que proporcionou uma estrutura processual com supervalorização dos tribunais superiores; (iii) a insegurança jurídica dada pela indeterminação e pela dissonância das decisões judiciais proferidas; e, por fim, (iv) a utilização do sistema recursal como forma de

prolongar o processo, a fim de se beneficiar com a demora no julgamento, ou seja, os recursos como meios de conter o processo, impedindo-o de chegar ao seu final (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2016a).

Nesse contexto, os recursos causam um sobrepeso ao sistema de justiça devido ao exacerbado número de meios de impugnações, além do seu desproporcional uso. Todavia, tal problema se revela em dois prismas interessantes, o primeiro refere-se à utilização de recursos como causa de enfraquecimento do processo em primeira instância, justamente, porque nas esferas hierárquicas, a igualdade entre os participantes é comprometida, privilegiando os atores processuais com maiores poderes econômicos, portanto, existe um interesse desses personagens em deslocar a discussão processual para instâncias superiores como forma de ampliar as possibilidades de vitória, o que revela um desprestígio ao processo em primeiro grau e gera uma grave lesão ao equilíbrio e à igualdade processual. Já o segundo eixo desse problema se refere ao fato de que os recursos em excesso promovem o distanciamento do órgão julgador da especificidade do caso concreto, expandindo a autoridade da jurisdição, que, dessa forma, exatamente por estar mais distante das dimensões epistemológicas e culturais do processo, fica mais propensa a decidir livremente, além de segregar as dimensões hermenêuticas e normativas da participação dos envolvidos, ou seja, quanto maior a hierarquia da jurisdição, mais a discussão fica fechada às autoridades togadas e distante da realidade do caso concreto.

Ora, a utilização do recurso em escalas desproporcionais causa um distanciamento do processo em relação à linguagem e à hermenêutica filosófica, pois o intérprete, representante da jurisdição em graus superiores, não tem a oportunidade de estar imerso no processo nas mesmas condições que o juiz originário de primeira instância, desse modo, o recurso significa uma perda de igualdade no processo e um ganho em autoridade. Entretanto, a percepção do processo como linguagem visa resolver esta estrutura, promovendo o fortalecimento do processo em primeira instância, tornando o recurso um meio de correção, ao invés de um ato no qual se substituem os diálogos processuais no transcorrer da construção da decisão judicial por uma manifestação autoritária (GADAMER, 2002).

Por tal circunstância, a reorganização substancial do processo em sincronia com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) reverbera em um diferente papel destinado aos juízes, transformando-os em partícipes e produtores da construção jurídico-processual, elevando o processo ao *status* de linguagem, ampliando este instituto para além do método e promovendo que a interpretação como atividade criativa se dê no, e pelo processo. Esse

contexto permite observar que a nova arquitetura processual em linguagem, com a fase da edição e montagem da decisão judicial, visa exatamente, diminuir o grau de recorribilidades das decisões, pois, além deste modelo de processo valorizar a igualdade e a liberdade como garantias processuais, possui também como objetivo a realização da argumentação processual na forma de uma investigação na qual se busca pelos fundamentos antes de se decidir (GADAMER, 2002).

Consequentemente, na fase da pós-produção da decisão judicial, oportuniza-se aos participantes um momento de depurar os elementos discutidos e compor a decisão. Portanto, nesta circunstância, a probabilidade de recurso só se dá em caso de haver erros, pois omissões, esclarecimentos, contradições e demais formas de insatisfação já terão sido enfrentadas no processo em primeira instância, e, caso não mencionadas pela parte afetada na fase de pós-produção da decisão judicial, acarretam o perecimento do direito recursal para este ator.

Portanto, na visão de processo proposta, o recurso, seja em decisões interlocutórias, seja em decisões finais, tem uma aptidão de correção formal, quando houver erro por parte do juiz em relação ao enfrentamento dos argumentos das partes (ausência de fundamentação) e à promoção do contraditório entre todos os participantes, isto é, quando o processo se afastar de uma estrutura linguística e se aproximar de uma feição autoritária, cabe o exercício do direito recursal. Por outro lado, nos casos em que a produção processual se der em consonância com os preceitos formais em todas suas fases, inclusive, na fase de edição e montagem da decisão (para as decisões finais), ocorrendo em conformidade com a espiralidade substancial entre o contraditório e a fundamentação, e, ainda assim, houver erros os quais a parte legitimada tenha tentado sanar durante o processo decisório, e, por questões interpretativas, tenha sido derrotada pelos demais envolvidos no, e pelo processo, nestes casos, o recurso em sentido material ainda persiste como um elemento de correção material da decisão jurídica.

Assim, o processo, nessa concepção consentânea ao garantismo e ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), provoca uma diminuição do uso dos meios de impugnação das decisões judiciais, porque fortalece o momento processual, desenvolvido em primeira instância, já que este possui maior espaço para o devido processo legal substancial, por meio da convergência entre o contraditório e a fundamentação, entre todos os envolvidos, inclusive, possibilitando a atuação do juiz como ser-no-processo. Tal prevalência do aspecto democrático e hermenêutico do processo repousa na proximidade que o juiz de primeiro grau possui em relação às partes, às provas e às minúcias do caso concreto. Diante disso, a

aplicação do direito se dá em maior conformidade com a hermenêutica filosófica, revelando-se na, e pela linguagem, proporcionando uma decisão, resultada da fusão de horizontes ocorrida no curso do processo (GADAMER, 2002) (ISAIA, 2011) (RAATZ, 2011) (RAATZ, 2016a) (STRECK, 1999) (STRECK, 2013) (STRECK, 2014)(WILD, 2016) (HERZL, 2016).

Por fim, quanto ao julgamento dos recursos, vale a premissa estabelecida de fortalecimento do processo em primeiro grau. Nesse sentido, a mesma vinculação a que o juiz de primeiro grau está submetido ao caso concreto vale para os juízes superiores, só que em relação ao processo pré-existente. Portanto, a correção deve se dar, a partir daquele processo, sem inovar e surpreender as partes, a não ser que se proceda nova oportunidade para o contraditório em formato espiral. Finalmente, é importante ressaltar que ainda cabe espaço para desenvolver proposições sobre a forma de julgamento das decisões nos tribunais, no entanto, para o problema posto inicialmente, o qual rege este estudo, tais considerações são suficientes, embora, em momento futuro, possa-se estender tal premissa para os julgamentos colegiados.

6.2.2 *O processo de execução e seu encaixe na teoria proposta*

A matriz ideológica proposta para a trilogia estrutural do processo abrigar a decisão judicial de modo mais harmônico aos deslindes do Estado Democrático de Direito e por conseguinte à hermenêutica filosófica de Gadamer, abrindo a teoria geral do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), não ignora zonas fundamentais do processo, como a execução, as tutelas provisórias e o sistema recursal, contudo, para a premissa deste estudo, objetiva-se construir um projeto de decisão judicial a partir da revolução teórica na qual o processo seja transportado do método para a linguagem. Assim, diante de tais circunstâncias, apesar de o percurso escolhido focar-se no processo de conhecimento como o principal responsável por elevar o processo ao *status* de sistema comunicacional de multidimensões, as premissas aqui defendidas interferem no processo de execução (GADAMER, 2002).

O processo de execução é o segmento do direito processual responsável pela satisfação de uma das partes por um lado, e, por outro, é a parte do processo encarregada de constriuir uma série de direitos da parte que saiu derrotada da demanda, para garantir a satisfação da parte vitoriosa. Entretanto, esse contexto histórico revela os primórdios dos processos de execução, o que se vê na contemporaneidade são relações, desenvolvidas no, e

pelo processo, que extrapolam essa feição de perde-ganha. Dessa forma, o processo de execução também tende a se tornar um processo construtivo, por meio da possibilidade das decisões estruturantes, com a execução de modo dinâmico e dialógico, fixando ações prospectivas. Por decisão estrutural compreendem-se normas decisórias de ordem processual abertas que criam um cenário de diálogos institucionais e intersubjetivos para a concretização e a melhor realização de uma decisão judicial, ou seja, são normas fixadas pela decisão jurídica nas quais se abre a possibilidade para que a concretização daquele litígio transcorra fora dos limites espaciais do processo de execução. Em síntese, a decisão estrutural não busca executar um objeto, mas, sim, ambiciona uma meta e fixa critérios para a realização deste objetivo (DIDIER JÚNIOR; *et al.*, 2017, p. 45–46) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2017, p. 46–64).

Diante disso, o processo de execução também caminha para uma forma mais dialógica, deixando de prescrever ações estáticas resolutivas, para proferir decisões dinâmicas e sucessivas com objetivos a serem atingidos ao longo do tempo. Todavia, para as premissas do presente estudo, quais sejam: (i) uma revolução copernicana na trilogia estrutural do processo; (ii) um deslocamento da posição ocupada pela decisão judicial no sistema processual; (iii) uma visão do processo como linguagem que possibilita e projeta uma aproximação da teoria geral do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*); (iv) uma ressignificação das funções exercidas pela jurisdição e por seu representante nesse contexto; e, por fim, (v) um ponto de virada no qual se estabelece uma convergência entre o contraditório e a fundamentação como operadores substanciais da linguagem processual; existe a contingência de se projetar tais premissas no âmbito do processo de execução (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a).

Assim, o processo em suas fases de apresentação, confrontação e resolução não adentra no processo de execução, pois, enquanto no processo de conhecimento busca-se a construção de uma solução interpretativa para o caso concreto em conformidade com a Constituição, no processo de execução, procura-se materializar o conteúdo da decisão e garantir seus efeitos na realidade social. Nesse sentido, a execução, apesar de ser permeada por um conjunto de regras garantistas para os seus envolvidos, não atinge as dimensões epistemológicas e hermenêuticas do processo, isto é, não se abre para a interpretação/criação, bem como para a discussão de provas e questões fáticas, ficando concentrada apenas na realização da decisão.

Portanto, o efeito do processo como linguagem para a fase da execução consiste em

que, nesse projeto arquitetônico de processo no qual se promove o distanciamento do método, a possibilidade para as medidas estruturais se encontram ainda mais vivas e resplandecentes, justamente, por causa da abertura desse eixo processual à linguagem e à dimensão normativa do processo, ou seja, o processo como criador de normas, ainda que na etapa da execução. Com efeito, o desfecho da expansão do processo de conhecimento, tornando-se imerso no processo decisório, assim como a expansão conceitual e estrutural da decisão judicial na trilogia estrutural do processo, reverberam consequências no processo de execução, pois viabilizam que as decisões judiciais sejam narrativas geradoras de normas contínuas que procuram a resolução da situação problema, além de proporcionar sua execução de modo mais equalizado com a realidade ontológica do direito e sua perpetuação no tempo, ou seja, o processo de execução dentro dessa dinâmica pode dar ainda mais fluidez à decisão judicial e sua confrontação com os sistemas sociais fora do direito. Ora, o processo de execução contemporâneo mostra-se aberto para esse novo contexto de uma decisão judicial inserida na concepção de processo como linguagem (PINHO; CÔRTEZ, 2014).

7 A DECISÃO JUDICIAL NA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COMO LINGUAGEM E FENÔMENO CULTURAL

A decisão judicial, segundo a hipótese estabelecida, necessita satisfazer novos critérios tanto em seu próprio eixo quanto ao redor dos conceitos que a influenciam diretamente. Nesse sentir, a hipótese consiste em: para se adequar à realidade jurídica no Estado Democrático de Direito e ao processo concebido como linguagem e fenômeno essencialmente cultural, ainda que levando em conta sua dimensão normativa e epistemológica, é necessário mudar a forma como esta é idealizada pela teoria geral do processo, inclusive, alterando os conceitos de jurisdição, ação e processo. A hipótese, portanto, repousa na substituição da autoridade dos intérpretes juízes pela participação argumentativa e imersão da jurisdição no processo, e, com isso, promover a emancipação dos sujeitos processuais na construção da interpretação jurídica e na criação da decisão judicial como produto do processo, e não como uma manifestação da jurisdição.

No desenvolvimento da pesquisa, foram estabelecidos corolários, quais sejam: (i) uma revolução copernicana na trilogia estrutural do processo; (ii) um deslocamento da

posição ocupada pela decisão judicial no sistema processual; (iii) uma visão do processo como linguagem que possibilita e projeta uma aproximação da teoria geral do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*); (iv) uma ressignificação das funções exercidas pela jurisdição e por seu representante nesse contexto; e, por fim, (v) um ponto de virada no qual se estabelece uma convergência entre o contraditório e a fundamentação como operadores substanciais da linguagem processual (GADAMER, 2002) (HEIDEGGER, 2005a). Conseqüentemente, ao se observar o desenvolvimento de cada um desses cinco vetores, é possível desvelar os caminhos para se chegar ao modelo de decisão consentâneo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*) e principalmente ao Estado Democrático de Direito.

A revolução copernicana da trilogia estruturante do direito processual representa uma guinada nos seus conceitos fundamentais, colocando o processo como o centro desse sistema no lugar da jurisdição, bem como dando à ação uma proporção mais participativa e influente, no transcorrer e após o desfecho do processo, ou seja, na decisão. Tal mudança vem ocorrendo ao longo dos anos, influenciada principalmente pelo constitucionalismo, enquanto movimento epistemológico e cultural, no qual se cria um universo em que convivem, harmonicamente: (i) limites a quaisquer formas de poder; e (ii) alargamentos das formas de participação, fazendo aflorar a possibilidade de associação entre o garantismo enquanto teoria normativa, e o perfil democrático em seu viés substancial, revelando circunstâncias para que os jurisdicionados exerçam seus direitos, protegidos por fronteiras impostas ao Estado pela Constituição. Contudo, esta metamorfose dos pontos cardinais da processualística contemporânea pode ser ainda mais ávida com a aproximação do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), incorporando elementos da hermenêutica filosófica ao modo de ser da aplicação do direito, afastando esse universo teórico do método, para aproximá-lo à linguagem.

Nesse sentido, a decisão judicial se tornou um tópico importante não só da teoria geral do direito e do processo, mas do próprio Estado Democrático de Direito, ou seja, esta se tornou fonte depurativa e meio de concretização ontológica do ordenamento jurídico pós-choque com a realidade social. Conseqüentemente, a feição criativa das decisões exige critérios de controlabilidade coerentes com o potencial o qual este instituto assumiu frente à hipercomplexidade dos conflitos atuais. No entanto, a decisão precisa aproximar-se do processo e descentralizar-se da subjetividade dos juízes como forma de dirimir arbitrariedades e constringer todos os envolvidos a criarem um espaço de construção dos provimentos judiciais em formato de decisão. Por isso, é perfeitamente possível deslocar a decisão, da

jurisdição para o processo, embora respeitando sua identidade e sua autonomia.

Noutro ponto, para que o processo tenha condições de abrigar a decisão judicial em uma nova fisiologia, não basta apenas ser o centro gravitacional do trinômio estruturante, é necessário construir meios de impedir que quaisquer tipos de poder arbitrários prevaleçam sobre a construção hermenêutica da decisão judicial, bem como criar condições para que os personagens processuais tenham protagonismo na decisão. Para a realização desse feito, é importante observar o processo como um sistema comunicacional, ou seja, uma linguagem, a qual engloba e supera a feição de procedimento e do método, elevando esta entidade a um patamar de conversação. Tal possibilidade, mostra-se consentânea à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*), transformando a decisão em um produto que se revela posteriormente à fundamentação e à participação dos envolvidos.

Nessa lógica, é necessário um revigoramento das funções exercidas pela jurisdição, as quais passam de funções autoritárias para funções hermenêuticas e diretivas do ambiente processual. Da mesma forma, os juízes abandonam a posição de destinatários do processo para serem partícipes da linguagem, tornando-se um arquétipo de juiz ser-no-processo, imerso no contexto da discussão processual. Tais considerações visam diminuir a autoridade e promover a construção hermenêutica dos fundamentos, com o juiz sendo o detentor da última palavra, embora seja revelada por meio de uma espiralidade convergente entre o contraditório e a fundamentação.

Ancorada a este último ponto, exsurge a questão de como operacionalizar a transformação do processo em linguagem com o propósito de se produzir uma decisão judicial. Desse modo, a participação dos sujeitos envolvidos se dá por meio do exercício do contraditório e da fundamentação, ou seja, funcionando como operadores substanciais da linguagem processual. A percepção do processo, em acordo com tais premissas, perde a vocação de um meio de alcançar o provimento jurisdicional, para tornar-se o meio de se construir a tutela, independentemente da satisfação, ou não, do direito pretendido, pois o processo deve garantir os direitos de quem detém as razões para conquistar a pretensão, da mesma forma que deve assegurar os direitos de quem não a possui. Portanto, nessa compreensão, o processo tem como finalidade tutelar relações jurídicas na produção de uma decisão para o caso concreto.

Assim, diante desse contexto apresentado, a decisão não deve se resumir a um ato autoritário da jurisdição, entretanto, para convertê-la em um produto do processo, é preciso ordenar e parametrizar os atos que irão constituí-la em seu sentido substancial, além de

conceber sua forma em consonância com este cenário. Primeiramente, é preciso diferenciar o próprio processo da decisão judicial em si, pois toda a defesa, até aqui, sustentou a aproximação destes dois institutos, apontando para a necessidade do alargamento de ambos na teoria geral do processo, contudo, sem perder de vista que é essencial existir uma cisão clara do que seja processo e do que seja a decisão jurídica.

Para delinear essa cisão, é preciso partir do conceito de processo aqui defendido, qual seja: instituto do Estado Democrático de Direito, estruturado em forma de linguagem multidimensional, que possibilita a construção de um campo gravitacional normativo com a função de acomodar a jurisdição e os jurisdicionados, dispondo-os em um ambiente de igualdade e liberdade para a produção de uma decisão judicial justa, realizando a aplicação do direito, balanceando sua face deontológica com a realidade, para a produção do direito em sua face ontológica, sendo um meio de acontecimento do direito no qual se destina maior peso à verdade do que à autoridade.

Dessa forma, o processo visto como esta entidade, composta por arcos intersubjetivos que se desenvolvem em forma de linguagem, faz surgir a indagação do que seja a decisão judicial nessa compreensão. Do mesmo modo, a divisão do processo em três fases (pré-produção, produção e pós-produção da decisão judicial) demonstra o comprometimento deste instituto com a decisão judicial, pois, se a teoria processualística passa a girar em torno do processo, este, da mesma forma, gira em torno da decisão jurídica.

Assim, a decisão, necessariamente, deve ser a junção dessas três fases do processo em formato de um texto narrativo, que remete o seu conteúdo decisório ao processo, ou seja, é o produto narrativo que conta a história das duas primeiras fases processuais, a apresentação e a confrontação, não como relatório, mas como demonstração do percurso: problema, expansão, fundamentação, resolução; e ganha forma na terceira fase, na qual se eliminam os excessos, ajustando os vários arcos desenvolvidos no processo ao foco do problema principal. Com efeito, a decisão judicial, nessa perspectiva, poder ser compreendida como o encaixe dos vários pontos decisórios revelados no, e pelo processo.

7.1 A decisão judicial como montagem intersubjetiva e as estruturas da hermenêutica filosófica do jogo, do diálogo e do círculo

A ideia de decisão como resolução dos arcos intersubjetivos, desenvolvidos no, e

pelo processo e como narrativa (história contada), funda-se em dois desdobramentos: (i) a supressão da decisão judicial como um ato singular, diferenciando atos da jurisdição da decisão judicial em si; e (ii) a noção da decisão como produto do processo, a qual se revela na, e pela linguagem, sempre por meio da espiralidade entre o exercício do contraditório e da fundamentação, praticado por todos os personagens processuais, em condições de igualdade e liberdade. Este modelo de decisão espelha um cenário processual heterorreflexivo, de circularidade entre os sujeitos, em que os envolvidos são posicionados de acordo com as estruturas da hermenêutica filosófica, do jogo, do diálogo e do círculo.

A construção da decisão inicia-se já na ação, que é a primeira proposta de solução para o conflito, posteriormente, desenvolve-se no meio ambiente processual com a integração dos demais personagens, ampliando as possibilidades do caso concreto sempre por meio da espiralidade hermenêutica entre o contraditório e a fundamentação, até culminar no produto final, a decisão judicial. Contudo, esse processo de formação é tão essencial quanto a própria resolução, daí, entra a questão do jogo para Gadamer (1997, p. 175–186), enquanto realidade do processo a qual o concebe como experiência fora da centralidade subjetiva, posicionando os atores em posições distintas de um conflito estratégico com interesses dissonantes, comprometidos em prol de uma resolução. Na biografia de Gadamer, a tradução de "jogo" advém do termo alemão, "*Spiel*", que significa jogo, embora também signifique dança. Nesse sentido, o jogo, para o autor, revela a necessidade do movimento e sincronismo para que a compreensão aconteça. Tal estrutura para o processo representa a supressão da decisão judicial como ato singular, justamente, porque, nesse sistema, a decisão é algo constituído no curso processual, transformando-se em uma soma de pontos decisórios, ocorridos por meio da espiralidade entre o contraditório e a fundamentação com a participação dos envolvidos, inclusive, o juiz (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (GAMA, 2016, p. 75–96).

Segundo a hermenêutica filosófica, o aspecto do jogo dá ao processo uma aparência medial a qual envolve os participantes sobre seu propósito. O jogo hermenêutico, criado no, e pelo processo, coloca-se entre os atores processuais e o mundo, com isso, Gadamer defende que o jogo envolve seus participantes em um fluxo, potencializando suas capacidades compreensivas diante da possibilidade de transformação. Isso posto, a estrutura do jogo, para a Hermenêutica Filosófica, representa que este é o protagonista, e não os sujeitos participantes. A importância dessa estrutura na hermenêutica simboliza a imersão e descreve a natureza do relacionamento entre a linguagem e os participantes desta, assim, segundo Gadamer (1997, p. 185):

Esse é o ponto em que a determinação do jogo se mostra, com toda a sua importância, como um processo medial. Já vimos que o jogo não tem seu ser na consciência ou no comportamento do jogador, mas atrai este à sua esfera e preenche-o com o seu espírito. O jogador experimenta o jogo como uma realidade que o sobrepuja. Isso vale, com mais propriedade ainda, onde o jogo é propriamente "entendido" como sendo uma tal realidade – e tal é o caso quando o jogo aparece como representação do espectador.

Ora, o jogo representa as características da experiência e sua indeterminação pelo movimento da construção e da desconstrução, criando uma experiência hermenêutica autêntica, um fazer comunicativo que promove a fluidez dos sentidos. Dessa forma, a compreensão da experiência se dá pela mediação entre os conceitos que constituem o próprio pensamento do sujeito e o universo dos demais interlocutores. Pode-se afirmar, assim, que a ideologia do jogo, enquanto estrutura da hermenêutica filosófica, quando juxtaposta ao processo como linguagem, gera, para este, uma densidade maior sobre a decisão judicial e um comprometimento efetivo contra quaisquer formas de autoridade subjetiva, ou seja, tal contexto, desvela um modelo de decisão jurídica, representado pela soma dos diversos pontos decisórios ocorridos no, e pelo processo, permitindo que sua construção se dê, por meio da montagem de suas partes pré-constituídas. Em outras palavras, a decisão não pode advir fora da atmosfera do processo (GADAMER, 1985) (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (GAMA, 2016, p. 75–96).

No que se refere à estrutura hermenêutica dos diálogos, esta ingressa na formação da decisão jurídica no aspecto da participação dos envolvidos, porém, tal participação não pode ser apenas alegórica, deve representar a interação de todos os participantes às questões discutidas, isto é, os diálogos criam possibilidades de confrontar as singularidades de cada sujeito perante o contexto processual que o cerca. A estrutura hermenêutica do diálogo, portanto, cria a circunstância de interação entre os participantes inseridos no jogo processual. Nessa compreensão, Gadamer (1997, p.540–541) preleciona que:

Para desenvolver uma conversação é necessário, em primeiro lugar, que os interlocutores não passem ao largo um do outro na conversação. É por isso que possui, necessariamente, a estrutura de pergunta e resposta. A primeira condição da arte da conversação é nos assegurarmos de que o interlocutor nos acompanhe no mesmo passo. Isso nos é bem conhecido pelas constantes respostas afirmativas dos interlocutores do diálogo platônico. O lado positivo dessa monotonia é a correctura sequencial interna com a qual o diálogo prossegue o desenvolvimento do tema. Levar uma conversação quer dizer pôr-se abaixo da direção do tema, acerca do qual se orientam os interlocutores. Requer não abafar o outro com argumentos, mas pelo contrário, sopesar realmente o peso objetivo da opinião contrária. Por isso, é uma arte do ir experimentando.

Assim, a situação criada pelo diálogo permite articular as subjetividades com o

contexto universal, isso significa que o diálogo é efetivo, quando permite aos seus participantes criarem um espelhamento de permuta entre os sujeitos e entre os textos, a fim de buscarem a fonte da discussão. Para o campo da decisão judicial, o exercício do contraditório e da fundamentação concebe uma ferramenta dialógico-processual para os participantes a qual permite criar esse ambiente dialógico, porém, em uma feição depurativa que avança em profundidade sobre o problema, ultrapassando a mera troca de argumentos (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (GAMA, 2016, p. 75–96).

Por último, a questão do círculo representa a estrutura hermenêutica responsável por dissolver as impressões subjetivas e possibilitar a fusão de horizontes, ocorridos no jogo por meio dos diálogos. Esta face da hermenêutica filosófica simboliza o elo entre o presente e o passado, ou seja, a circularidade permite a realização da fusão de horizontes diante da característica de constante mutação que impera no tempo presente, embora se admita que seu laço com o passado é indissociável. Sobre o tema, Gadamer (1997, p. 457) diz que:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos mais antigos e de sua relação para consigo mesmo e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho sem que um e outro crescem sempre juntos para uma validade vital sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

De fato, a identidade histórica representa unidade, mas também continuidade, nesse sentido, ao transportar essa imagem teórica para o ambiente processual, projetando o seu foco especialmente sobre a decisão judicial, o resultado é uma percepção desse instituto comprometido com o passado, posicionando o processo como condições de possibilidades para que a fusão de horizontes ocorra na decisão. No entanto, essa fusão se dá intersubjetivamente e em partes, ao longo do processo, sempre por meio da linguagem, desenvolvendo-se entre os participantes, em um formato de conversação. Contudo, para a realização efetiva desse empreendimento hermenêutico, essa conversação intersubjetiva deve acontecer em um cenário multiverso de possibilidades. A tarefa da decisão, portanto, é transformar esse pluralismo de percepções que compõe o processo judicial em um produto que de fato se revela na, e pela linguagem, e não da consciência. Por essas razões, a consumação desse projeto somente é possível, se a decisão for fracionada em pontos

decisórios intersubjetivos os quais fixam diretrizes para a continuidade da conversação, pois, caso contrário, torna-se impossível realizar essa conversação e, ao mesmo tempo, avançar sobre o problema central (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002) (GAMA, 2016, p. 75–96).

Por consequência, ao fixar tais condições para a construção da decisão judicial, o que se quer com isso é demonstrar a feição complexa que este instituto assumiu na atualidade e que tais estruturas hermenêuticas exigem um vínculo maior entre o processo e a decisão jurídica. Por isso, a decisão, vista como produto do processo simboliza uma expansão dos conteúdos decisórios no, e pelo processo, para, posteriormente, haver uma montagem intersubjetiva e heterorreflexiva, ou seja, a construção de pontos decisórios no ambiente processual com envolvimento de todos os atores, descentralizados de suas subjetividades, exige uma fragmentação e, posteriormente, uma montagem dessas partes, as quais irão compor o provimento final (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002).

Assim, a supressão da decisão como ato singular é condição para que sua realização se dê no, e pelo processo. No mesmo sentido, a compreensão desse fenômeno como produto do processo induz uma interconexão entre ambos (processo e decisão) com objetivo de promover a realização das estruturas presentes na hermenêutica filosófica, quais sejam, o jogo, o diálogo e o círculo. O jogo, responsável por gerar a imersão e fluidez dos participantes e tornar-se maior do que suas subjetividades; o diálogo, incumbido de avançar no problema, considerando a interação dos demais envolvidos e, por fim, o círculo, encarregado de promover a continuidade sem perder o aspecto da unidade, realizando um movimento de retorno para verificabilidade e, posteriormente, avanço.

Portanto, a decisão é uma narrativa que conta a história do processo, constituída pela montagem dos vários pontos decisórios, ocorridos no transcurso no processo, sempre realizados intersubjetivamente de maneira heterorreflexiva pelo espelhamento entre a fundamentação e o contraditório, apresentando uma resposta para o caso concreto, em conformidade com a constituição. Tal cenário impede que a decisão aconteça fora do contexto do processo e centrada na subjetividade de uma autoridade, para promover a decisão em sincronia com a linguagem processual.

7.1.1 Estrutura da sentença judicial em três atos (apresentação, confrontação e resolução): o conceito de pontos decisórios expansivos e depurativos

A decisão judicial, na concepção do processo como linguagem e fenômeno cultural, possui a fisionomia de um produto do processo o qual, por meio de uma construção dialógica com participação dos atores envolvidos, resolve o conflito de modo intersubjetivo, revelando uma resposta em conformidade com a Constituição. Nesse sentido, o conceito de decisão judicial nessa atmosfera se torna maior do que um ato da jurisdição que encerra o processo, para ganhar uma estrutura mais complexa e consentânea ao Estado Democrático e ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*).

Nesse contexto, a decisão assume dois traços genealógicos como condições para sua existência nesse sistema, quais sejam: (i) a decisão como um conjunto de pontos decisórios, pré-fixados e posteriormente editados ao final do processo, realizados sempre pela espiralidade entre o contraditório e a fundamentação com a participação de todos os envolvidos; e (ii) uma narrativa que conta a história contida no processo e que possui aptidão para fazer a coisa julgada. Por conseguinte, a estrutura da decisão judicial nesse sistema supera a feição de fórmula de subsunção ou equação dedutiva, para assumir o traço de uma estrutura narrativa.

A estrutura narrativa contemporânea organiza-se em três atos, apresentação, confrontação (ou desenvolvimento) e a resolução, tal subdivisão foi idealizada por Aristóteles, em sua obra "*Poética*". O filósofo grego concebeu os três atos pela primeira vez como prólogo, episódio e êxodo, ou, início, meio e fim, para descrever como deveriam ser as narrativas coerentes. Nesse sentido, a estrutura dos três atos não representa o caminho em si, mas o mapa responsável por direcionar a história e selecionar a ordem dos eventos no acontecimento do texto. Com o passar do tempo, essa estrutura narrativa dos três atos passou a permear toda as obras linguísticas, como a literatura, o cinema, o teatro, enfim, houve uma incorporação desses elementos ao modo de criar narrativas (ARISTÓTELES, 2008) (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (McKEE, 1999) (McKEE, 2006).

O primeiro ato, ou a apresentação, simboliza a contextualização, a definição do tempo, do lugar, dos personagens envolvidos, ou seja, é o momento em que se conhece o problema. No segundo ato, ou na confrontação, há uma expansão do problema em várias camadas, isto é, existe o desenvolvimento de vários arcos para se chegar ao núcleo do problema, estabelecido no primeiro ato. Já o terceiro ato, ou a resolução, é a finalização do conflito, ou seja, é uma resposta coerente ao problema, estabelecido no primeiro ato, e um fechamento para o seu desenvolvimento elaborado no segundo ato. Entretanto, a passagem de um ato para o outro é conhecida como paradigmas, ou ponto de virada, tais elementos,

marcam a passagem de um ato para o outro, de forma harmônica e em sincronia com a narrativa estabelecida (FIELD, 1996) (FIELD, 2001) (McKEE, 1999) (McKEE, 2006).

Nessa compreensão, ao direcionar o foco da estrutura dos três atos para decisão judicial no processo como linguagem, é possível desenvolver este conceito fundamental do processo em sintonia tanto em relação ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) quanto no que se refere ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Pode-se afirmar, dessa forma, que, até o momento, o processo também foi segmentado em três fases: pré-produção, produção e pós-produção da decisão judicial, ou seja, o processo existe para produzir uma decisão judicial. Por consequência, a ideologia de uma decisão expandida no, e pelo processo exige uma ordenação e uma parametrização de sua identidade cenário.

A princípio é importante definir que a decisão judicial, na visão do processo como linguagem, é a edição e a montagem dos diversos pontos decisórios contidos no processo. Por consequência, os pontos decisórios, os quais são as menores unidades decisórias nesse ambiente, são formados por atos sequenciais da jurisdição e dos demais participantes, sempre ordenados pelo movimento espiral entre o contraditório e a fundamentação. Os pontos decisórios são estruturados da seguinte forma: para cada ato fundamentado antecedente de qualquer participante processual, deve existir um movimento contraditório que se encerra no juiz da causa, o qual emite um ato definindo a questão e o submete novamente ao contraditório, após o retorno para o intérprete-juiz, este conjunto de atos ganha a forma de um ponto decisório sobre aquela questão discutida, sendo vedado qualquer tipo de argumento sob o qual não tenha sido submetido ao contraditório. Entretanto, existem pontos decisórios depurativos (p.d.d.) e pontos decisórios expansivos (p.d.e.). Os pontos decisórios depurativos visam resolver uma questão, encerrando uma discussão incidental, por exemplo, um incidente de desconsideração de personalidade jurídica; por outro lado, os pontos decisórios expansivos são modais que expandem um problema para criar um espaço de discussão para aquele fato, por exemplo, um ponto decisório que levanta uma questão de distinção de precedente judicial, ampliando a discussão para outra esfera.

Dessa forma, a primeira parte do processo, a fase da pré-produção da decisão judicial, exige do juiz uma investigação guiada pela pergunta: qual o problema a ser enfrentado? Consequentemente, nessa fase, são definidos os personagens processuais, o lugar, a forma de condução do processo, enfim, são verificadas as condições para o desenvolvimento do processo. Ao final dessa fase, exige-se um ponto decisório o qual deve conter o problema a ser discutido no, e pelo processo, e o plano de trabalho processual para expandir tal problema

e investigar a fundamentação a qual irá respondê-lo.

Na segunda parte do processo, a fase da produção da decisão judicial, será executado o plano de trabalho, com o envolvimento e a participação de todos os atores processuais para se chegar à fundamentação. Nessa fase, vários pontos decisórios serão discutidos, confrontados e apurados até tornar-se possível chegar a um fundamento, uma resposta em conformidade com a Constituição para o problema. Isso posto, este fundamento é transformado em um ponto decisório que contém o fundamento que responde ao problema.

Na terceira fase processual, a fase da pós-produção da decisão judicial, já existe um fundamento que consubstancia a resposta da questão contida no caso concreto e um conjunto de diverso de pontos decisórios que atingiram o fundamentação necessária para dirimir o conflito, portanto, nessa fase, por meio do exercício do contraditório e da fundamentação entre os participantes, a decisão judicial será composta de suas partes distribuídas no, e pelo processo. A relevância dessa fase simboliza a chance de se realizar a verificação da fundamentação, edificando sua justificação (pós-fundamentação), olhando de forma ampla para a resposta e o problema. Ao final dessa fase, revela-se a decisão em formato narrativo, a qual conta a história do processo e se torna norma jurídica em dois sentidos: a norma individual e concreta para os envolvidos, bem como a norma para compor o ordenamento integrando a jurisprudência.

Portanto, a decisão judicial, nesse sistema, é o conjunto de pontos decisórios montados em um momento adequado e ordenados em forma de uma narrativa que conta o processo, formando a coisa julgada. Na fase da montagem, não há modificação dos pontos decisórios e nem ampliação da discussão, é o momento apenas de encaixe do conteúdo produzido na fase processual, destinada a isso. Tal fase é responsável por produzir um texto que contenha as partes principais do processo, quais sejam: (i) apresentação do problema com a construção do cenário processual; (ii) confrontação por meio da expansão do problema em vários prismas até se chegar a um fundamento, ou seja, uma resposta de acordo com a constituição; e, por fim, (iii) a resolução, fase a qual é responsável por montar o processo em formato de narrativa, é a transcrição do processo para um texto, por meio do contraditório e da fundamentação, com participação dos envolvidos.

O traço diferencial dessa proposta para a estruturação clássica, do relatório, da fundamentação e da parte dispositiva, reside no fato de que os três atos são previamente constituídos no, e pelo processo, com a participação dos envolvidos, por meio da espiralidade entre o contraditório e a fundamentação, fornecendo todos os substratos para a realização da

montagem da decisão em um formato narrativo que conta a história do processo, criando um vínculo de constrangimento que impõe ao juiz decidir, a partir da fundamentação, e não fundamentar, a partir da decisão, reduzindo significativamente sua parcela de discricionariedade; ampliando a participação dos demais envolvidos tanto pelo aspecto democrático quanto pela dimensão hermenêutica, além de possibilitar o sincronismo construtivo entre o processo e o seu resultado, a decisão judicial. Portanto, esta reorganização permite a expansão conceitual tanto da decisão judicial quanto do próprio processo, com a intencionalidade de revigorar o modo de ser da aplicação do direito em consonância com paradigmas pré-fixados, quais sejam: (i) o Estado Democrático de Direito; e (ii) o giro-ontológico-linguístico (*linguistic turn*).

7.1.2 Decisão judicial como *storytelling*

Ao estabelecer a premissa de que a decisão judicial deve ser um produto do processo, o que se quer com isso é afastar a autoridade subjetiva e criar uma vedação substancial para que os juízes não possam inovar no momento da decisão sem que antes sua projeção de horizontes tenha passado por uma espiralidade entre o contraditório e a fundamentação com a participação dos demais envolvidos. Nesse entendimento, o processo como linguagem tem meios de realizar a montagem e a edição da decisão judicial, dissolvendo as subjetividades e produzindo a resposta para o caso concreto em conformidade com a Constituição, por meio de um conjunto de pontos decisórios espalhados pelo processo realizando a equação: (i) problema, (ii) expansão, (iii) fundamentação, (iv) resolução. A importância de se criar uma fase dentro do processo responsável por realizar a montagem e a edição da decisão judicial repousa nas estruturas hermenêuticas as quais ampliam o potencial de compreensão dos atores processuais na, e pela linguagem.

Assim, diante dessa conjuntura, a decisão ganha uma feição narrativa, a de contar uma história, narrar o que foi feito no, e pelo processo. O termo *storytelling* em inglês quer dizer: *story*, história e *telling*, contar, ou seja, contar histórias, porém, esse conceito é utilizado também sob uma forma mais complexa, observada como uma narrativa que se utiliza de diversos meios para contar uma história. Nesse sentido, a importância de a decisão judicial abandonar o formato subsuntivo para ganhar a feição narrativa repousa no fato de que o processo, obrigatoriamente, deve conter a decisão, e nada do que está fora do processo pode fazer coisa julgada.

Sob o prisma democrático, a decisão judicial em seu modal narrativo, desenvolvido no, e pelo processo, garante que a participação dos atores processuais esteja contida no provimento final, ou seja, é a garantia de influência na construção da decisão. O processo de fundamentação passa a ser realizado no âmago do processo com o envolvimento de todos os participantes. Nesse sentido, a montagem da decisão, concebendo-a como uma narrativa que conta a história do processo, faz coisa julgada e cria um provimento democrático, embora com elementos jurídicos de uma norma individual e concreta.

Na dimensão hermenêutica, a decisão enquanto narrativa cria a possibilidade para que o processo realize de forma autêntica a fusão de horizontes na decisão, pois toda a linguagem processual produzida oferece os fundamentos para a compreensão do caso concreto se revelar na, e pela linguagem, ou seja, buscam-se os fundamentos para depois decidir. Portanto, a decisão em si é a última coisa a ser produzida, embora a fundamentação não o seja, uma vez que sua construção ocorre no, e pelo processo com garantias de participação dos envolvidos, por meio do exercício espiral entre o contraditório e a fundamentação, dissolvendo a autoridade subjetiva do processo e tornando este um empreendimento democrático e hermenêutico que busca respostas em acordo com o Direito.

Portanto, a matriz processual em aparência de linguagem dissolve as subjetividades dos atores envolvidos tanto pelo prisma democrático quanto pelo prisma hermenêutico. Consequentemente, a decisão judicial, nesse sistema, definida como a montagem dos pontos decisórios, contidos no processo em formato de narrativa, resolve diversos problemas da contemporaneidade, relacionados à decisão judicial, por exemplo: (i) excesso de autoridade dos juízes no contexto processual; (ii) decisões que extrapolam o universo do processo, e, por vezes, até o universo do direito; (iii) ausência de fundamentação em consonância com a constituição; (iv) decisões incoerentes e dissonantes da jurisprudência; (v) excessos de insatisfação com as decisões gerando uma exponencial quantidade recursos; (vi) esvaziamento democrático do processo no momento da decisão judicial; (vii) imprecisão hermenêutica na aplicação do direito, enfim, uma vasta gama de problemas que pairam no direito processual contemporâneo, justamente em razão desse excesso de subjetividade e da ordenação do processo como método.

A decisão judicial, enquanto montagem dos pontos decisórios contidos no, e pelo processo em um formato de estrutura narrativa, não resolve os problemas da interpretação jurídica e da efetividade do direito, porém, sintoniza este instituto com o Estado Democrático de Direito e com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), possibilitando

um modelo de decisão judicial, resultado do processo, produzida em formato de linguagem.

7.2 Propostas críticas para a decisão jurídica: a nova concepção da decisão judicial na trilogia estrutural do processo

O processo, diante das premissas estabelecidas, incorpora à sua genealogia, uma forte identidade democrática e uma substancial personalidade hermenêutica, tornando-se uma instituição do Estado Democrático de Direito, responsável por construir respostas para as colisões desarmônicas entre o direito e a realidade social, impondo ao ordenamento jurídico, a transcendência do seu contexto deontológico para a sua existência ontológica, e, no que se refere ao aspecto subjetivo, torna-se a garantia de participação dos cidadãos na permanente (re)construção democrática e hermenêutica do próprio direito. Tais circunstâncias, fomentadas pelos constantes diálogos entre o processo e a Constituição, impõem ao universo processual uma revolução, aproximando-o do ambiente social, ou seja, o processo, por um lado, ganha a capacidade de coordenar relações jurídicas sob a força gravitacional dos direitos fundamentais, e, por outro, sob um viés interpretativo, conquista a dimensão de linguagem existencial do direito. Neste cenário, o processo representa o ponto de contato da norma com o tecido social, funcionando como um mediador cultural, por meio de uma interação normativa (SAMPAIO JÚNIOR, 2010) (TAVARES, 2010).

Dessa forma, o sentido de traçar propostas críticas para a reconstrução da trilogia estruturante do processo, projetando um protagonismo à decisão judicial nesse sistema, decorre da afinidade deste projeto à Teoria Crítica, fundada pela Escola de Frankfurt (1824), tendo como maiores precursores, Theodor W. Adorno e Max Horkheimer. Pois bem, esta corrente filosófica defende um espelhamento entre o pensamento teórico e a interpretação das relações sociais, a fim de contextualizar os fenômenos que acontecem na sociedade, ofertando um comportamento crítico nos confrontos da ciência com a cultura, apresentando a teoria ancorada à realidade como parte dela. Assim, o protagonismo processual, defendido nessa proposta, é decorrência da evolução do seu entorno social, isto é, diante de um novo modelo de sociedade, exige-se, em contrapartida, um vigoroso arquétipo de processo o qual abandona a supremacia e a soberania da vontade estatal perante as relações sociais, criando vínculos de constrangimentos para coibir a discricionariedade no direito, além de criar condições para que o processo se torne emancipatório do ponto de vista dos cidadãos. Nesse sentido, a ordenação

elementar da processualística contemporânea deve ultrapassar o cientificismo para experimentar um arranjo teórico que possibilite a imanência com a realidade, por meio de uma constante tensão complementar (ADORNO; HORKHEIMER, 1985) (HORKHEIMER, 1980).

Portanto, a trilogia estruturante do processo exige uma conformação de seus conceitos, voltados para a complexidade social, abandonando a feição da jurisdição como detentora exclusiva da autoridade decisória e o epicentro da teoria processual para reerguer uma atmosfera na qual o processo passa de instrumento à linguagem. Assim, impõe destacar as ambições do processo nessa realidade, quais sejam: (i) conceber um cenário de emancipação dos atores processuais em contraponto ao poder arbitrário da jurisdição; (ii) promover as garantias de igualdade e de liberdade para a participação dos envolvidos; (iii) ultrapassar a percepção do processo, enquanto meio de tutelar direitos para a própria tutela das relações jurídicas e o conjunto de condições para a realização dos direitos fundamentais por meio da linguagem. Logo, a revitalização da trilogia estrutural do processo em consonância com tais condições, necessariamente, perpassa por essa reorganização espacial e estrutural dos conceitos da ação, da jurisdição, do processo e da decisão.

7.2.1 Nova feição da trilogia estrutural do processo: o processo como um conjunto universal que contém as partes: ação, decisão e jurisdição

A primeira construção crítica de um modelo para a trilogia estruturante do direito processual consentânea ao Estado Democrático de Direito e ao giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), a qual satisfaz os critérios defendidos até aqui, cria um sistema em que o processo, enquanto um conjunto universal, ocupa um todo hermenêutico (condição de possibilidades), o qual abriga suas demais partes, a ação, a jurisdição e a decisão. Tal montagem reflete a separação da decisão de um ato da jurisdição, reposicionando este conceito para o próprio processo, além de incorporar a este ecossistema do direito uma funcionalidade de linguagem.

Dessa forma, o processo abandona sua identidade de um procedimento em contraditório, ou uma relação jurídica, para se transformar em algo mais amplo, uma instituição do Estado Democrático de Direito, organizada em formato de linguagem a qual acomoda os participantes, o representante da jurisdição (o intérprete/juiz) e os partícipes

jurisdicionados, em um ambiente garantista. Nessa perspectiva, o processo torna-se um conjunto de arcos intersubjetivos, ou seja, um conjunto multiverso de possibilidade, responsável pelo desenvolvimento, pela criação e pela resolução das relações jurídicas, com a finalidade de produzir uma decisão judicial justa.

Nesse sistema, a ação torna-se o incidente incitante, destinado a chamar a jurisdição para que esta promova o processo, ou seja, é a habilitação dos jurisdicionados para participarem da construção hermenêutica e democrática do direito no, e pelo processo. Assim, a formação da linguagem processual exige uma ação e a anuência da jurisdição, para, a partir daí, falar-se em processo. O direito de defesa, nesse contexto, equivale, ou ao menos incorpora-se, ao direito de ação, pois é condição de existência para o processo, já que também constitui uma habilitação para integrar a linguagem processual.

A jurisdição, por este foco teórico, transforma-se significativamente, apesar de manter alguma de suas características essenciais, por exemplo: (i) a oferta de um terceiro com o dever de imparcialidade para participar do empreendimento processual; (ii) uma forma de exercício do poder estatal, embora não de forma absoluta sobre o aspecto decisório; (iii) os princípios da indelegabilidade, inafastabilidade, e o juiz natural. Entretanto, por outro lado, dentre as transformações as quais acometem o processo neste paradigma, estas operam de modo simples e abstrato, porém, com efeitos complexos, por exemplo, a jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante o processo, nesse universo, transforma-se para o processo, enquanto instituição do Estado Democrático de Direito, responsável por possibilitar a construção democrática e hermenêutica de respostas em conformidade com a Constituição, com a participação da jurisdição por meio de um representante, ou seja, a jurisdição exerce basicamente duas funções primordiais: (i) promover o processo (função exercida pelo ente Estado); e (ii) oferecer um representante, um terceiro com o dever de imparcialidade (juiz/intérprete), para participar da construção da decisão judicial no, e pelo processo.

Portanto, esta concepção teórica da trilogia estruturante do processo, pensada a partir da relevância da decisão judicial no Estado Democrático de Direito, posiciona o processo como elemento central e um conjunto universal, o qual abriga a ação e o representante da jurisdição para o desenvolvimento da linguagem processual, destinada à produção de uma decisão judicial. Entretanto, tal proposta apresenta uma inconsistência, o processo como todo hermenêutico, conjunto universal e instituição do Estado Democrático de Direito, é promovido pela jurisdição, ou seja, a jurisdição exerce uma função dúplice: a de oferecer um representante (o juiz) e a de promover o processo (Estado). Nesse sentido, o conceito

jurisdição não pode ser pensado como algo pertencente ao conceito do processo, pois apenas sua função de oferecer um terceiro com o dever de imparcialidade, para participar da construção processual sob a gravidade normativa, encaixa-se nesse arranjo, isto é, sua função de promover o processo não se adequa à disposição do processo como um todo universal que abriga os conceitos de jurisdição, ação e decisão. A jurisdição, enquanto função contra-majoritária do Estado, ao promover o processo, posiciona-se acima deste conceito, por outro lado, ao fornecer um representante com o dever de imparcialidade e de argumentação, torna-se imersa no processo. Logo, por este comportamento anômalo, o conceito de processo como conjunto universal que contém o conceito de jurisdição não deve prosperar, entretanto, a premissa: o processo como um conjunto universal que contém as partes: ação, decisão e jurisdição, não deve ser totalmente descartada.

7.2.2 (Re)Classificação da estrutura processual em quadrilogia: a ação, o processo, a decisão e a jurisdição

A segunda proposta, em consonância com o exposto, cria um desenho processual em quadrilogia, formado por suas partes, quais sejam: a ação, o processo, a decisão e a jurisdição. Nessa imagem teórica, os signos e os significados do processo são preservados, porém, sob uma disposição diferente a qual coloca os quatro elementos fundamentais como partes autônomas, apesar de ser essencial uma coexistência harmônica e de interdependência entre tais conceitos, para que, assim, cada um possa existir por si só, em outras palavras, tal acomodação revela uma *mise en scène*, formada por um grupo de conjuntos os quais se intersectam, embora não haja uma relação inclusão. Nessa compreensão, a premissa, construída no tópico anterior, o processo é um conjunto universal que contém as partes: a ação, a jurisdição e a decisão, é parcialmente verdadeira, pois este todo universal não contém a integralidade dos demais conceitos, mas, sim, partes destes. Tal afirmação não explica a totalidade da base metodológica que edifica o processo na contemporaneidade, pois não contempla a função da jurisdição de promover o processo, contudo explica o acontecer processual, após seu início.

Por essas razões, a base metodológica processual, pensada como quadrilogia reflete todas as premissas desenvolvidas até o presente momento, além de contemplar os critérios clássicos. Tal aceção eleva o processo ao *status* máximo no seu universo teórico,

posicionando a ação como ponto de ignição para a gênese da linguagem processual, atribuindo à jurisdição a responsabilidade de: (i) promover o processo, e (ii) oferecer um representante com dever de imparcialidade e participação na construção hermenêutica e democrática da decisão judicial. E, por fim, a decisão judicial em si, a qual, nessa conjuntura, torna-se o produto do processo, interligado à ação, produzida pelas partes e pela jurisdição.

Por consequência, o papel da jurisdição em promover o processo está intimamente ligado ao constitucionalismo e ao garantismo, enquanto construção de um ambiente de igualdade e de liberdade entre os participantes, por meio da promoção dos direitos fundamentais dos envolvidos no transcorrer do processo, tal função representa o conjunto de funcionalidades que operam as questões periféricas do entorno processual, bem como atribuições substanciais do próprio juiz na condução e direção do processo, funções estas exercidas pelo representante da jurisdição. Sob o aspecto da decisão judicial, as atribuições da jurisdição são exercidas pelo seu representante, como um papel hermenêutico concebendo a imagem de um juiz ser-no-processo, ou seja, um participante proativo no acontecer processual, comprometido em produzir a decisão judicial na, e pela linguagem.

Em síntese, a jurisdição promove o processo, realizando a aplicação do direito sob duas perspectivas: a transformação do processo em um ambiente de igualdade e de liberdade para os participantes, bem como a busca pela construção do direito, a partir do caso concreto em conformidade com a Constituição e com intuito de promover a pacificação social, no, e pelo processo, ofertando um terceiro com o dever de imparcialidade e de argumentação, incumbido de ser um partícipe da linguagem processual. Nesse sentido, a função da jurisdição no Estado Democrático de Direito é ser o poder contramajoritário.

Sobre a ação, esta é a provocação formal e o ato responsável por materializar um conflito, apresentando um projeto de resolução no qual se busca uma decisão, conforme o direito e a Constituição, que garanta aos envolvidos, como autor ou como réu, o direito pretendido, ou uma resposta negativa, devidamente fundamentada e permeada pelo contraditório, com a aptidão de chamar a jurisdição para inaugurar o processo, materializada em forma de um projeto-roteiro para a decisão judicial, ou seja, é o esboço do conflito e de sua solução (antecedente), no qual se busca a formação de uma decisão jurídica (consequente).

Em relação ao processo, este é o elemento protagonista do universo processual, pois é a própria instituição do Estado Democrático de Direito, estruturado em forma de linguagem multidimensional a qual dispõe os participantes em um ambiente de igualdade e liberdade

para a produção de uma decisão judicial justa, realizando a aplicação do direito, balanceando sua face deontológica com a realidade para a produção de sua face ontológica, ou seja, representa um conjunto multiverso de possibilidades relacionais, desenvolvidas em forma de arcos intersubjetivos que se criam, expandem-se, depuram-se e extinguem-se, durante sua existência. Diante desse contexto, avançando sobre o conceito da decisão judicial, esta é o conjunto de pontos decisórios, montados em um momento adequado e ordenados em forma de uma narrativa que conta a história do processo, formando a coisa julgada.

Assim, esta estrutura metodológica processual possibilita um maior comprometimento do processo com o tecido social, porque permite a emancipação dos atores sociais e transforma o processo em um empreendimento democrático e hermenêutico consentâneo ao Estado Democrático de Direito e ao giro ontológico-linguístico (linguistic turn). Portanto, pensar a teoria geral do processo, a partir de uma base metodológica formada em uma quadrilogia composta por seus elementos fundamentais, harmônicos e interdependentes, quais sejam: (i) a ação; (ii) a jurisdição; (iii) o processo e a (iv) a decisão, permite olhar para a processualística contemporânea mais próxima da realidade constitucional e filosófica. Tal modelo detém aptidão para efetivar as matrizes constitucionais e combater as formas arbitrárias de decisionismo que subvertem o sentido do Direito.

8 CONCLUSÕES

As circunstâncias que cercam o fenômeno investigado se revelam tão essenciais para sua compreensão quanto os próprios objetivos pré-fixados, tornando o percurso e os resultados praticamente indissociáveis na realização do movimento circular de construção e desconstrução do conhecimento. Por esse motivo, o processo de composição, quando é aberto às possibilidades de descoberta e comprometido em desvelar o contexto, criando as condições para enriquecimento sobre o assunto, evidencia parte da conclusão. Segundo o filósofo espanhol José Ortega y Gasset (2016, p. 31): *A vida, que é, antes de tudo, o que podemos ser, vida possível, é também, e por isso mesmo, decidir entre as possibilidades o que em efeito vamos ser. Circunstâncias e decisão são os dois elementos radicais de que se compõe a vida.* Nesse sentir, a presente investigação buscou olhar para uma questão problema em sincronia com a realidade, disposta a criar um ambiente de imersão e de comunicação entre os fenômenos e a sua historicidade, para, então, construir um universo de possibilidades, aptos a fornecer respostas às questões propostas. Por essas razões, o potencial da pesquisa assenta-se na premissa de que, mais importante do que fornecer corolários, a realização deste estudo adota a postura de prover um cenário desconstrutivo e crítico, preocupando-se mais em ser um instrumento provocativo do que resolutivo da questão pré-estabelecida.

Sobre a questão metodológica, esta foi peça fundamental para a realização do estudo, pois permitiu observar o fenômeno por meio de uma postura crítica, investigativa e desconstrutiva. Nesse sentido, a fenomenologia hermenêutica detém atributos para edificar a pesquisa como um processo integrado, o qual considera a abordagem histórica e cultural, permitindo, assim, ultrapassar os limites do cartesianismo científico, aprofundando o estudo em consonância com um novo paradigma da razão, o hermenêutico. Logo, a chave para realizar esta exploração reside na importância de se interpretar o problema, imerso em sua policontextualidade, procurando apresentar condições que revelem as possibilidades, ao invés de sedimentar discussões.

No que se refere às questões teóricas e à discussão da proposta, a presente dissertação se manteve alinhada à parte metodológica no sentido de procurar desvendar o problema de modo crítico, não se concentrando exclusivamente em desenhar soluções terminativas, mas, sim, oferecer uma discussão sobre as fissuras teóricas existentes e criar um

universo de possibilidades, permitindo, dessa forma, um novo olhar sobre um problema enfrentado. Portanto, ao redimensionar a teoria processual sob uma forma de linguagem, enquanto instrumento complexo e versátil de construção, é possível realizar uma abordagem comprometida com os significados da decisão jurídica em consonância com o Estado Democrático de Direito e com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*), permitindo assim, dissolver formas autoritárias e subjetivas de decisão, além de tornar o processo um instituto mais abrangente do que um simples instrumento de exercício autoritário de poder, promovendo-o ao *status* de linguagem.

8.1 Conclusão concernente à parte metodológica

O método fenomenológico hermenêutico exerceu o papel de vetor de sustentação e guia epistemológico para o prosseguimento do trabalho sob três formas, quais sejam: (i) a redução do problema, colocando-o entre parênteses para conceber sua identidade; (ii) a destruição/desconstrução efetuada por meio do círculo hermenêutico entre a pré-compreensão e a historicidade para a concretização da fusão de horizontes entre as perspectivas de interpretação; e, por fim, (iii) a construção por meio de um constante projetar do mundo, circunscrito pela linguagem, revelando as possibilidades em acordo com a situação hermenêutica.

Nesse sentido, após a identificação do problema, a pesquisa seguiu pela ótica do método fenomenológico hermenêutico para construir uma crítica ao modelo processual de aplicação do direito, particionando o trabalho em três grandes partes, a saber: (i) a (des)construção da trilogia estruturante do direito processual, demonstrando a incompletude dos seus conceitos fundamentais: o processo, a jurisdição e a ação no arranjo da decisão judicial do Estado Democrático de Direito em decorrência da evolução e do alargamento conceitual de vários aspectos da teoria geral do processo, impulsionada, essencialmente, pelo constitucionalismo e suas influências garantistas; (ii) a apresentação de uma visão do processo como linguagem e fenômeno cultural, como uma forma de possibilitar que a teoria do processo possa dialogar com a viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*), utilizando-se da convergência do contraditório e da fundamentação, enquanto operadores substanciais dessa linguagem; e, por fim, (iii) a partir do problema pré-definido e do percurso realizado, a construção de um conjunto de possibilidades que revelem o formato da decisão jurídica na

trilogia estruturante do direito processual que melhor se adéqua ao processo enquanto linguagem no giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) e fenômeno de dimensão cultural no Estado Democrático de Direito.

Dado o exposto, a hermenêutica filosófica foi responsável por ser o fio condutor do presente trabalho, promovendo o equilíbrio entre as diversas variáveis que compõem a questão da decisão judicial sob as lentes do processo, criando as condições para que a ontologia da questão proposta se revelasse na, e pela linguagem. Nesse sentido, a opção metodológica foi imprescindível, pois permitiu criar um universo comunicacional entre o fenômeno e as suas circunstâncias.

8.2 Conclusão concernente à parte teórica e à discussão proposta

Ao final dessa construção, buscou-se desvendar o fenômeno da decisão judicial no contexto da trilogia estruturante do processo, embora a realidade do tema tenha imposto à investigação voltar seu foco também para os signos e os significados do processo. Por essas razões, partiu-se do seguinte questionamento: Qual o formato da decisão judicial na trilogia estrutural do processo que melhor se adéqua ao processo como linguagem no giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) e ao Estado Democrático de Direito? Diante disso, por todo o exposto, além de fomentar o debate por meio da investigação da realidade, ao reverso de pretender sedimentar a discussão, criaram-se possibilidades de debates para o enriquecimento da conversação teórica existente, proporcionando o alcance de patamares depurativos do problema posto. Portanto, o processo, além de meio pacífico de solução de conflitos, é o corpo orgânico de desenvolvimento do Direito que necessita estar sempre se modificando para se adequar à existência social, aos paradigmas constitucionais e ao *status* filosófico que influencia o Direito.

Portanto, considerando o que foi observado, cinco premissas foram estabelecidas e serviram de fundamento para verificação e observação contextual da hipótese, quais sejam: (i) uma revolução copernicana na trilogia estrutural do processo; (ii) um deslocamento da posição ocupada pela decisão judicial no sistema processual; (iii) uma visão do processo como linguagem que possibilita e projeta uma aproximação da teoria geral do processo à virada ontológico-linguística (*linguistic turn*); (iv) uma ressignificação das funções exercidas pela jurisdição e por seu representante nesse contexto; e, por fim, (v) um ponto de virada no

qual se estabelece uma convergência entre o contraditório e a fundamentação como operadores substanciais da linguagem processual.

Por essas razões, foi aventada a seguinte hipótese: para a decisão judicial se adequar à realidade jurídica no Estado Democrático de Direito e ao processo, concebido como linguagem e fenômeno essencialmente cultural, ainda que levando em conta sua dimensão normativa e epistemológica, é necessário mudar a forma como esta é idealizada pela teoria geral do processo, inclusive, alterando os conceitos de jurisdição, ação e processo. Ou seja, tal assertiva repousa na substituição da autoridade dos intérpretes juízes pela participação argumentativa e imersão da jurisdição no processo, e, com isso, promover a emancipação dos sujeitos processuais na construção da interpretação jurídica e na criação da decisão judicial como produto do processo, e não como uma manifestação da jurisdição.

Por todos esses aspectos, a proposta investigativa revelou as premissas as quais dão as condições para a realização da hipótese, no entanto, o trabalho permitiu ainda ir além, possibilitando a fusão de horizonte de tais preceitos, projetando um modelo de acordo com tais circunstâncias, desenhando uma forma de organização conceitual dos elementos cardinais da teoria geral do processo em quadrilogia, composto pelo processo, pela ação, pela jurisdição e pela decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**, (1944); tradução Guido Antonio de Almeida, Rio Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Revista de Processo RePro 225, nov. 2013 Revista Eletrônica. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>> Acesso em mar. De 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. **Poética**. tradução de Ana Maria Valente. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos. **A metodologia de pesquisa no direito e René Descartes: um passo a passo cartesiano**. In: ROCHA, Ailton Schramm de; et al (Org.). **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. Coordenadores: Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira. São Paulo: Saraiva: 2011.

ÁVILA, Humberto. **O que é “Devido Processo Lega”?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BARBOSA, Agnaldo de Sousa; COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. **Cidadania Jurídica: O ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil**. Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife. Recife – PE, Vol. 88, Nº 01, p. 120-147, jan/jun. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1690/2929> > acesso em abr. 2018.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **O processo judicial como elemento integrativo do direito litigioso**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a Emenda n. 88/2015. 46. ed. (Coordenação de Edições Técnicas).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil e normas correlatas** [livro eletrônico]. Brasília: Senado Federal, 2015. (Coordenação de Edições Técnicas).

CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade, por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções dos processos civil e penal**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. v. I. Napoli: Edicion Morano Editore, 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Grupo Gen Editora Atlas, 2017

CANNATA, Carlo Augusto. **Profilo Istituzionale del Processo Privado Romano. I Legis Actiones**. n. 22. Turim: Giappichelli Editore, 1980.

CARNEIRO, Walber Araujo. **Hermenêutica jurídica heteroreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia no direito**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2009. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/WalberCarneiroDireito.pdf>> acesso em abr. De 2018

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, vol. I, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. Tese de doutorado defendida e apresentada à Pontífca Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>> acesso em mar. De 2018.

CASTILHO, A. T. de. **Nova gramática do português brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2010.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual : sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I Campinas: Bookseller, 2000a.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II Campinas: Bookseller, 2000b.

COSTA, Alexandre Araújo Costa. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Brasília. Brasília – DF, 2008. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>> acesso em mar. De 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **O direito fundamental à processualização: Fundamentos para uma teoria geral do processo.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DESCARTES, René. **O discurso do método.** tradução Maria Ermantina Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** 2. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral processo de conhecimento. Vol. 1.** 17ª ed. Salvador: JusPodivm,, 2015a.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2.** 10ª ed. Salvador: JusPodivm,, 2015b.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3.** 13ª ed. Salvador: Jus Podivm,, 2016a.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução.** 7ª ed. Rev. Atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** Revista de Processo: RePro, v. 36, n.198, p. 207-217, ago. 2011, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo.** Nº 210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Revista Eletrônica. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaocomocomplexodesituacoesjuridicas%C2%B9.pdf>> Acesso em mar. de 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016b.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes.** Civil Procedure Review, vol. 08; nº 01; p. 46-64. jan.apr. 2017. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf> acesso em 29 de abr. de 2018.

DILTHEY, Wilhelm. **“Origens da hermenêutica”**, in: Textos de hermenêutica. tradução Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. tradução Luís Carlos Borges. 1º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. tradução Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. tradução Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 8a. ed. Padova, CEDAM, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria dei garantismo penale**. 6ª Ed. Roma: Laterza, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIELD, Syd. **Os exercício dos roteiristas**. 2º Ed. Rio de Janeiro. Objetiva, 1996.

FIELD, Syd. **Manual do roteiro: os fundamentos do texto cinematográfico**. 14º Ed. Rio de Janeiro. Objetiva, 2001.

FIELD, Syd. **Screenplay: The foundations of screenwriting**. Delta, 1979.

GADAMER, Hans-Georg. **A Arte do belo: a arte como jogo, símbolo e festa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. tradução Flávio Paulo Meurer. 3º Ed. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. tradução Enio Paulo Giachini. 3º Ed. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 2002.

GAMA, Weksley Pinheiro. **Diálogo e jogo na hermenêutica gadameriana**. Pensando - Revista de Filosofia, Revista eletrônica do departamento de filosofia do programa de pós-graduação em filosofia da Universidade Federal do Piauí – UFPI. Teresina – PI. Vol. 07. Nº 013. p. 75-96. Ano: 2016. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/4883/3130>> acesso em 29 de abr. de 2018.

GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. Tradução Felipe Denardi. 5ª Ed. Campinas: Vide Editorial, 2016.

GASSET, José Ortega y. **La Rebelión de Las Masas**. Obras completas. Madrid: Alianza, 1930.

GEDRAT, Clóvis Vitor. **O conceito de verdade a partir da hermenêutica filosófica. Dissertação de mestrado em Filosofia**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Filosofia. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2043/ClovisGedratFilosofia.pdf?sequence=1>> acesso em abr. De 2018

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Criminal**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GONÇALVES, Coralio Pedroso. **Os deveres processuais do juiz no Estado Democrático de Direito: possibilidades de controle interno da jurisdição na perspectiva constitucional-processual**. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3450>> acesso em abr. De 2018.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Síntese didática de algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GOUVEIA, Lúcio de Grassi, **Breves Considerações acerca do princípio da proibidade no processo civil brasileiro**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Breves considerações filosóficas, metodológicas e dogmáticas a respeito do dever de fundamentação no Novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 169-198, jan./mar. 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. **Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas**. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, nº 95, p. 175-201. jul-set. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 28ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.

GRODIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo RS: Editora Unisinos, 1999.

GRODIN, Jean. **Hans-Gerog Gadamer. Una biografía**. Barcelona: Herder, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HASSEMER, Winfried. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shuback. Petrópolis RJ: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I**. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shuback. 15ª Ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2005a.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte II**. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shuback. 13ª Ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2005b.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORKHEIMER, Max. **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**. Os Pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1980.

HUSSERL, Edmund. **A idéia da fenomenologia**. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Ed. 70, 1986.

HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas - sexta investigação**. Tradução de Zeljko Loparic e Andréa Loparic. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica Hermenêutica do Direito processual civil: uma exploração filosófica do direito processual civil brasileiro em tempo de (crise do) protagonismo judicial**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6006>> acesso em abr. De 2018.

ISAIA, Becker Cristiano. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2011.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUST, Gustavo. **O direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha**. Revista de informação legislativa, V. 46, nº 181, p. 7-16, jan-mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194890>> Acesso em: 28 de jan. 2018.

KAFKA, Franz. **O Processo**. tradução Modesto Carone. Companhia das letras: São Paulo, 1998.

KANT, Immanuel. tradução Manuela dos Santos e Alexandre Morujão. **Crítica da Razão Pura**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade (Einführung in die staatslehre : die geschichtlichen legitimitätsgrundlagen des demokratischen verfassungsstaates)**; tradução da 6ª edição alemã, refeita e aumentada, de Urbano Carvelli. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria Geral do Processo**, 6º edição, Thomson Job, São Paulo, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. (tradução Cândido Rangel Dinmarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito**. tradução Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, Ziel Ferreira. **Jurisdição e método: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões**. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5212>> acesso em abr. De 2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, Volume I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, Volume II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídico processual ao processo civil do Estado Constitucional**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do Devido Processo Legal**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS, Porto Alegre, 2008.

McKEE, Robert. **Story: Substância, estrutura, estilo e os princípios da escrita de roteiro**. Tradução: Chico Mares. São Paulo: Arte e Letra, 1ª Ed. 2006.

McKEE, Robert. **Story: Substance, Structure, Style, and the Principles of Screenwriting**. Methuen, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Teoria Geral do Processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. 2ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: JusPodivm, 2016

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS, Porto Alegre, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**. Caderno do Programa e Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. Porto Alegre – RS. v. 33, set. 2004. ISSN: 1678-5029 - E-ISSN: 2317-8558

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, I. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **"Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema"**. Temas de direito processual - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Situações Jurídicas Processuais**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008a.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008b.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções**. Revista de Processo. São Paulo. Ano: 42. Vol. 263. p. 335 – 396. Jan de 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional a partir do caso brasileiro**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2013.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. **A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática**. In: *Scritti in onore di Nicola Picardi – Tomo I*. Roma (ITA): Pacine Editore, 2016

PEIXOTO, Ester Lopes. **A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser**. Revista Direito Governador Valadares. Vol. 03, nº 01 p. 121-136, jun. 2007

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. **O código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, nº 190. t. 2. abr./jun. 2011.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol.1 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **As medidas estruturantes e a efetivação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP. Rio de Janeiro, v. XIII, n. 13, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> acesso em 29 de abril de 2018.

PODETTI, Juan Ramiro. **Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil**. Buenos Aires: EDIAR Soc. Anón. EDITORES, 1963.

PODETTI, Juan Ramiro. **“Trilogía estructural de la ciencia del proceso”**, Revista de Derecho Procesal. Ediar., Ano II, primeira parte. Pag. 124-147, Buenos Aires, Argentina, 1944.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abre, Vitor de Paula Ramos. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. tradução João Gabriel Couto. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Ermeneutica, prova e decisione**. Relazione presentata al convegno su Ermeneutica e processo. Dialoghi tra filosofia e diritto processuale, tenutosi in Padova il 26 e 27 maggio 2017. Il testo dello scritto è in corso di pubblicazione in uno dei prossimi numeri di *Ars Interpretandi*, 2018.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade O juiz e a construção dos fatos**. tradução Vitor de Paula Ramos. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **Verità e probabilità nella prova dei fatti**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 1. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

TAVARES, André Ramos. Teoria processual e processo constitucional "objetivo". In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TEIXEIRA, Nirlana; ANJOS, Pedro Germano dos. **A metodologia da pesquisa no direito em Martin Heidegger**. In: ROCHA, Ailton Schramm de; et al (Org.). **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. Coordenadores: Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira. São Paulo: Saraiva: 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre o positivismo e o pós-positivismo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TORRES, Artur. **Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo: parte I**. Porto Alegre: Arana, 2016.

TRINDADE, André Karam. **Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no direito processual brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais e Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) São Leopoldo RS. vol. 07; nº 03 set. Dez. 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do "princípio dispositivo" à construção compartilhada do caso concreto**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2016a.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto.** Salvador: Editora Juspodivm, 2016b.

RAATZ, Igor. **A reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito: possibilidades a partir da teoria do direito, do estado e da constituição.** Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2011.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!** Revista Eletrônica Natureza humana, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012. INSS: 1517-2430. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 mar. 2018.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho Salgado; OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Gadamer e Dworkin: confluências entre hermenêutica filosófica e interpretação construtivista do Direito.** In: anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, Niterói – RJ, p. 223-251, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=93>> acesso em fev. De 2018.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Vol. 2. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de; ROXO, Hugo Leonardo Cunha. SILVA, Jaylla Marusa Rodrigues de Souza e. **A filosofia hermenêutica de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos.** In: ROCHA, Ailton Schramm de; et al (Org.). **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia.** Coordenadores: Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira. São Paulo: Saraiva: 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Contra o processo autoritário.** Revista de direito processual civil, São Paulo. Vol. 01 nº 01. p. 30-44 jan/jun de 1960. São Paulo, 1960.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** 5.ed.tradução Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. **O que o processo civil precisa aprender com a linguagem?** Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo RS, vol. 13, nº 2 p. 317-355. mai-ago de 2017. INSS: 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1874/1223>> acesso em 17 de mar. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. RAATZ, Igor. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza – CE, ano: 015; nº 020; p. 160-179; jan-jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1400/461>> Acesso em mar. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da função à estrutura. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto. [et al.]. Porto Alegre - RS: livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1996.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da Hermenêutica. Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Org. Ernildo Stein, Lenio Streck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VERBIC, Francisco. **El rol de juez en la actualidad**. In: Anais do XXIX Congresso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, Septiembre de 2017a. Disponível em: <<http://congresoderechoprocesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/08/Ponente-Tema-3-Francisco-Verbic-El-rol-del-juez-en-la-actualidad.pdf>> acesso em abr. 2018

VERBIC, Francisco. **Los jueces como directores del proceso**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 42, nº 268, p. 189-280, jun, 2017b. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110458>> acesso em abr. 2018.

WILD, Rodolfo. **A epistemologia do princípio do livre convencimento: Reminiscência de um Paradigma Autoritário de Processo no Âmbito do Novo Código de Processo Civil**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo - RS, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6099?locale-attribute=en>> acesso em abr. De 2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. Tese de doutorado. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre- RS, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; MADUREIRA, Claudio. **Formalismo-valorativo e o novo processo civil**. Revista de Processo. Vol. 272, ano nº:042 p. 85-127 out. 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?** Revista de Processo. Vol. 259, ano nº: 041 p. 21-55 set. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9. ed. tradução Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.