

O DISCURSO JURÍDICO E A RECONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL A PARTIR DO MODELO DE DELIBERAÇÃO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

THE LEGAL DISCOURSE AND THE RECONSTRUCTION OF THE DUE LEGAL PROCESS BASED ON JÜRGEN HABERMAS' MODEL OF PROCEDURAL DELIBERATION AND THE PROCEDURAL COOPERATION

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira¹

Universidade Federal de Pernambuco

Resumo:

O presente artigo intenta reconstruir o devido processo legal, considerando a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e a introdução de um paradigma processual baseado no Código de Processo Civil de 2015. Recorre aos métodos indutivo e reconstrutivo, com base em análise bibliográfica e documental, para realizar uma pesquisa exploratória e normativa. Entende que a legislação processual vigente atende aos requisitos estabelecidos por Habermas para a produção de decisões corretas e consistentes, as quais exigem um procedimento argumentativo e regulamentado. Visualiza que é possível reconstruir o devido processo legal, compreendido como o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, que é concretizado, infraconstitucionalmente, pela cooperação processual, o que conduz a identificação de potenciais emancipatórios. Compreende que a decisão judicial deverá ser uma construção polifônica, o que permite assegurar a legitimidade democrática do precedente formado, contribuindo para formação democrática do direito. Ainda, identifica que é necessária a construção de uma regra de argumentação para os juízos colegiados, com a substituição do modelo *seriatim* puro pelo *per curiam* deliberativo. Por fim, propõe que seja realizado o *accountability* da decisão judicial pela sociedade civil e pela dogmática jurídica como formas de controlar as figuras de perversão do direito.

Palavras-chave:

Devido Processo Legal. Cooperação Processual. Teoria do Agir Comunicativo.

Abstract:

This article aims to reconstruct the due process of law, considering Jürgen Habermas's theory of communicative action and the introduction of a procedural paradigm based on the 2015 Code of Civil Procedure. It employs the inductive and reconstructive methods, based on bibliographical analysis in order to develop an exploratory and normative research. It understands that the current procedural legislation meets the requirements demanded by Habermas for the production of correct and consistent decisions, with an argumentative and regulated procedure. It visualizes that it is possible to reconstruct the due process of law, understood as the pragmatic budget of legal argumentation, which is implemented, infraconstitutionally, by procedural cooperation, which leads to the identification of emancipatory potentials. It understands that the judicial decision must be a polyphonic construction, which allows to ensure the democracy of the formed precedent, guaranteed for the democratic formation of the law. Still, it identifies that it is necessary to build an argumentation rule for collegiate judgments, with the replacement of the pure *seriatim* model by the deliberative *per curiam*. Finally, it proposes the accountability of the judicial decision by civil society and legal dogmatics as ways of controlling the figures of perversion of law.

Keywords:

Due Process of Law. Procedural Cooperation. Theory of Communicative Action.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado. Professor Universitário. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNPEP).

1 INTRODUÇÃO

A garantia do devido processo legal é um dos princípios fundamentais do sistema jurídico, assegurando que os litígios sejam resolvidos de maneira justa e imparcial. No entanto, à medida que a sociedade evolui e os desafios contemporâneos surgem, torna-se essencial analisar e reexaminar os fundamentos e as práticas processuais, a fim de garantir sua eficácia e sua coerência com os valores democráticos.

Nesse contexto, a teoria do agir comunicativo proposta por Jürgen Habermas emerge como uma abordagem relevante para a reconstrução do devido processo legal. O modelo de deliberação procedimental habermasiano, baseado na interação comunicativa e na busca do consenso racional, oferece uma estrutura teórica sólida para repensar o direito processual e a produção democrática de decisões jurídicas.

O presente artigo tem como objetivo analisar a intersecção entre o discurso jurídico e a teoria do agir comunicativo, a partir da reconstrução do devido processual legal, o que é feito com esteio na positivação da cooperação processual, enquanto norma fundamental, pelo Código de Processo Civil de 2015. Através dessa perspectiva interdisciplinar, busca-se compreender como a incorporação de um paradigma procedimental, baseado na deliberação argumentativa e na cooperação processual, pode fortalecer a legitimidade e a efetividade do processo judicial.

Ao reconstruir o devido processo legal com base no modelo de deliberação procedimental, de Habermas, e na cooperação processual, espera-se identificar potenciais emancipatórios que oportunizem o aprimoramento da legitimidade do direito produzido a partir do processo judicial. Essa abordagem pode contribuir para a construção de decisões fundamentadas na polifonia das vozes envolvidas, fortalecendo a legitimidade democrática, a otimização do direito vigente e o controle social das decisões.

Assim, serão explorados os requisitos estabelecidos por Habermas para a produção de decisões corretas e consistentes, destacando a importância do procedimento argumentativo e da regulação adequada dos ritos processuais. Dito isso, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a interação entre o discurso jurídico, a reconstrução do devido processo legal com base no modelo de deliberação procedimental de Jürgen Habermas e o desenvolvimento de potenciais emancipatórios. Como objetivos específicos, pretende:

- a) identificar os elementos exigidos pela teoria de Jürgen Habermas para o direito processual na construção de decisões judiciais alinhadas ao paradigma procedimental;

- b) verificar se o direito processual civil brasileiro cumpre os requisitos assinalados por Habermas, a partir do princípio do devido processo legal e do Código de Processo Civil de 2015;
- c) compreender o devido processo legal como pressuposto pragmático da argumentação jurídica, cuja realização se dá a partir da cooperação processual;
- d) reconstruir, a partir da teoria do agir comunicativo, o devido processo legal para identificar os potenciais emancipatórios que podem ser obtidos na formação de decisões corretas e consistentes.

Para alcançar os objetivos pretendidos, a pesquisa terá um viés normativo e exploratório, empregando os métodos indutivos e reconstrutivo – indutivo, tendo em vista a perspectiva interdisciplinar adotada, e reconstrutivo, considerando a busca de potenciais emancipatórios e a possível interface entre a teoria habermasiana e o direito processual. Terá como objeto de análise bibliográfica as obras de Jürgen Habermas, seus comentadores, bem como produções sobre filosofia do direito, direito constitucional e direito processual civil. Será dada ênfase na Escola Mineira de Processo, tendo em mira que seus pesquisadores formam o estado da arte da pesquisa sobre o diálogo entre teoria habermasiana e o direito brasileiro.

Em termos de seções, a primeira estará ocupada com a explicação do direito processual procedimental em Habermas, ao passo que a segunda estará debruçada no direito processual civil brasileiro e a aplicação do paradigma procedimental. Já a terceira seção tratará da interface entre o direito processual brasileiro e a teoria do agir comunicativo. Ao cabo, a última seção abordará a reconstrução do devido processo legal e suas consequências quanto à identificação de potenciais emancipatórios.

2 A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DO DIREITO PROCESSUAL PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

Para a primeira etapa da presente pesquisa, faz-se necessário analisar o desenho realizado por Jürgen Habermas, com esteio na teoria do agir comunicativo², para a aplicação

² Habermas (2004, p. 118-129) trabalha com três conceitos essenciais, em sua teoria, os quais compreendem o agir comunicativo, o agir estratégico e o mundo da vida. Na ação comunicativa, a linguagem é utilizada como um mecanismo de integração social, a partir da qual os agentes podem chegar a um consenso sobre algo e definir como seus planos de ação. Já no agir estratégico, a linguagem é um simples mecanismo para transmitir informações, e, ao invés de haver formação de um acordo racional, empregam-se artifícios para coibir a capacidade interpretativa do outro, pois cada agente visa seu próprio sucesso. De seu turno, o mundo da vida é o repositório argumentativo no qual os agentes encontram o fundamento para os posicionamentos que assumem na ação comunicativa, sendo um verdadeiro pano de fundo comunicativo que é composto pela cultura, pelas relações sociais e pela personalidade dos sujeitos (HABERMAS, 2016, p. 218-228).

do direito no âmbito do poder judiciário. Ou seja, neste momento, o objetivo será de compreender o paradigma procedimental do direito e quais seus possíveis reflexos para uma teoria da decisão que leve em conta uma legitimidade cunhada a partir do procedimento deliberativo.

A leitura habermasiana parte de uma análise dos paradigmas ideológicos do direito³, no afã de compreender a relação entre legalidade e legitimidade, a partir da qual se dará a validade do direito positivo (BÔAS FILHO, 2008, p. 147-167). A despeito de reconhecer os paradigmas liberal e social, Habermas (2020, p. 516) optará pela ênfase no viés procedimental, partindo da percepção que os dois primeiros são insuficientes – o liberalismo por não perceber a isenção do poder e o estado de bem-estar social pela sobrecarga de poder na consecução da igualdade.

O ponto de partida, para Habermas (2020, p. 517-528), está na formação de um modelo jurídico e político que lance mão da circulação do poder comunicativo como forma de garantir a legitimidade do direito produzido. A principal ênfase do frankfurtiano está no fator democrático, objetivando, com a discussão, atender as expectativas da sociedade que são incapazes de serem satisfeitas tanto por um direito exclusivamente privado quanto pela pura e simples concretização de direitos sociais. Desta feita, valerá, na obra de Habermas, uma dimensão de *status activus processualis*⁴ para os direitos políticos, englobando o direito à participação do cidadão nos processos comunicativos com o Estado que são voltados à elaboração de atos legislativos e de políticas públicas⁵.

O direito procedimental encontra sua base na institucionalização dos processos discursivos de comunicação, os quais devem se dar em condições argumentativas minimamente aceitáveis⁶. Enquanto ferramenta de integração social, o direito tem sua legitimidade atrelada a

³ O direito tem o papel de absorver os dissensos que ocorrem na sociedade e é encarado como uma ferramenta de integração social que ora se volta para o mundo da vida, estimulando o agir comunicativo e limitando o agir estratégico, e ora se volta para os sistemas do poder e dinheiro. Para o filósofo frankfurtiano, o direito tem como nascedouro está a autonomia política do cidadão e deverá ser construído de forma procedimental, a partir dos influxos comunicativos entre sociedade e Estado, (HABERMAS, 2020, p. 95-96).

⁴ Trata-se de um termo desenvolvido por Peter Häberle (2019, p. 82-86) que compreende o direito fundamental do cidadão participar dos processos e procedimentos de formação de consenso no âmbito estatal. Essa perspectiva procedimental dos direitos fundamentais é o que possibilita a Häberle (2002, p. 15-40) instrumentalizar o conceito de uma sociedade aberta de intérpretes que, enquanto destinatários das normas constitucionais, atuam como pré-intérpretes junto aos tribunais constitucionais. Dessa maneira há a efetivação de uma verdadeira soberania do cidadão, cujo objetivo é a máxima concretização dos direitos fundamentais.

⁵ O modelo de circulação do poder comunicativo é realizado pelas esferas públicas, estruturas presentes na sociedade, que formam as opiniões públicas e permitem o intercâmbio entre Estado e cidadão. Desta forma, as necessidades normativas, expressas a partir do poder comunicativo, serão convertidas no poder administrativo estatal, influenciando na produção legislativa (HABERMAS, 2020, p. 517-520).

⁶ Em outras palavras, são incorporados ao direito institutos e mecanismos que permitam o diálogo entre o poder público com o cidadão, a exemplo das audiências públicas. No caso do direito brasileiro, a teoria de Habermas é engatada, nessa perspectiva, ao instituto do *amicus curiae* como forma de trazer ganhos de legitimidade para o exercício da jurisdição (PEREIRA, 2018, p. 177-182; PEREIRA; GÓES, 2019, p. 11-16; PEREIRA; OLIVEIRA; GÓES, 2022, p. 12-14).

uma origem democrática, o que engloba todas as decisões coletivas tomadas pelo Estado. Desta maneira, o projeto procedimental pressupõe um deslocamento da tecnocracia estatal para o debate público (HABERMAS, 2020, p. 541-552).

Ao poder judiciário caberá a salvaguarda do procedimento discursivo e democrático, além de produzir discursos argumentativos quando estiver diante das zonas cinzentas, nas quais não existe legislação. Como inexistente norma aplicável, nessas situações, deverá o judiciário, através do uso público da razão, atuar como um co-legislador. Com efeito, é necessário que haja robustez na argumentação desenvolvida pelo judiciário, bem como uma abertura procedimental para os destinatários da decisão, ante a necessidade de uma justificativa pública perante os espaços jurídicos (HABERMAS, 1998, p. 151-154).

De acordo com Habermas (2020, p. 258-259), a aplicação do direito, através da jurisdição, espelha a tensão entre facticidade e validade⁷ encontrada no próprio direito, pois há, a partir da função de integração social, uma tensão entre a aceitabilidade racional das decisões e a segurança jurídica. A aplicação do direito é realizada através dos juízes, cujo compromisso reside na produção imparcial de decisões racionalmente fundamentadas, o que condiciona a sua aceitabilidade. De outro lado, é necessário que os juízes respeitem a tradição institucional do direito, consubstanciada pela segurança jurídica. Na ótica habermasiana, a decisão deverá atender a ambos os requisitos.

Para encontrar uma resposta adequada à tensão mencionada, Habermas irá recorrer a uma reconstrução da teoria dos direitos de Ronald Dworkin, a partir da teoria do agir comunicativo, contando com o auxílio de Klaus Günther e Aulis Aarnio. Como justificativa para opção pela teoria dworkiana, Habermas (2020, p. 259-264) sustenta a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação, adotados pela hermenêutica filosófica, pelo positivismo jurídico e pelo realismo jurídico. Ademais, Habermas também pontua o fato de Dworkin, com sua teoria, conseguir atender, simultaneamente, aos requisitos da aceitabilidade racional e da segurança jurídica.

Habermas (2020, p. 264) irá absorver a concepção de princípios e sua aplicabilidade, através do juiz Hércules, nas decisões judiciais, bem como a estrutura do romance em cadeia, ambos conceitos trabalhados pela teoria dworkiana. Portanto, assim como o jurista americano, Habermas adotará a perspectiva de que, para um caso concreto, somente uma única decisão é

⁷ A tensão entre facticidade e validade do direito reside no papel do direito enquanto agente da integração social, e reputa a existência de um sistema que fornece uma estabilização de conduta par ao entendimento dos atores sociais. A facticidade decorre de coercitibilidade do direito, a partir do recurso às sanções, ao passo que a validade está no eixo da legitimidade das normas jurídicas (HABERMAS, 2020, p. 59-62).

correta, contudo, sua ênfase se dará no viés procedimental. Logo, a referida decisão somente será “correta” se for construída procedimentalmente.

Para combater os vícios do positivismo jurídico, em especial os relacionados à produção discricionária de decisões judiciais⁸, Dworkin passa a enxergar o direito como uma estrutura composta por regras, princípios e políticas. Isso repercute, em um primeiro nível, na reaproximação entre direito e moral, enquanto elementos complementares entre si, pois o primeiro decorre da moral política. Em um segundo plano, os princípios são tratados como trunfos políticos do cidadão, na forma de preceitos abstratos, de cunho moral e que contemplam ideais de justiça. São os princípios que serão empregados, como fonte argumentativa, para solução dos casos difíceis, que ocorrem quando não há norma jurídica, seja por insuficiência ou inexistência, apta à resolução da situação em análise pelo juízo⁹ (DWORKIN, 2002, p. 27-34; DWORKIN, 2014, p. 612-621).

Assim, o juiz Hércules e o romance em cadeia são conceitos criados, por Dworkin, para manejar a resolução principiológica – e não política – dos casos difíceis, pois, diferentemente dos legisladores, os juízes não possuem legitimidade conferida pelo voto. A legitimidade dos juízes é argumentativa e deverá, nos casos difíceis, ser baseada sempre em princípios. Afinal, decisões baseadas em política, que visam melhorias sociais, são restritas ao legislador. Ao judiciário, nos casos difíceis, caberá se antecipar a uma possível postura do legislador, buscando fundamentos nos princípios e na própria tradição histórica na qual estão inseridos. Isso é o que permite a proteção do cidadão contra decisões discricionárias, nas quais o querer político do magistrado prepondera sobre a sociedade (DWORKIN, 2002, p. 129-133).

Competirá ao juiz Hércules elaborar uma teoria política para resolver cada caso, preenchendo o conteúdo normativo dos princípios e realizando o seu sopesamento. Ao determinar o princípio aplicável, a partir da história social, Hércules deverá alcançar a melhor interpretação que for possível a partir da comunidade na qual está inserido (DWORKIN, 2002, p. 164-170; DWORKIN, 1999, p. 404-410). De outro giro, o romance em cadeia servirá para garantir o postulado da segurança jurídica, de tal sorte que o juiz Hércules deverá reconstruir os precedentes judiciais, anteriores à sua decisão, enfrentando-os argumentativamente para

⁸ Ainda que Dworkin objetive preservar a coerência e a integridade do direito, é nítido que o juiz Hércules se mostra muito mais como um elemento externo à comunidade na qual está inserido, do que, necessariamente, um membro efetivo dela. Trata-se de um juiz que aparenta ser distante da realidade e que atua como mero observador, o que se torna problemático na medida em que a representatividade do cidadão e a sua autonomia política são deslocadas para um segundo plano (PEREIRA, 2018, p. 136-137).

⁹ Com efeito, o próprio Dworkin (2002, p. 41-45) considera problemática a distinção entre regras e princípios diante do caso concreto, pois é necessário identificar qual o comportamento da norma. De toda maneira, existe uma independência entre regras e princípios, a despeito de ocorrerem situações em que a primeira espécie depende da segunda.

justificar a pertinência da decisão principiológica produzida com o direito vigente (DWORKIN, 1999, p. 275-308).

Esses elementos são absorvidos de forma crítica por Habermas (2020, p. 266-280), ainda que considere os méritos da teoria dworkiana, cuja aplicação se dará, pelo frankfurtiano, como um construto teórico provisório.¹⁰ Dworkin fornecerá para Habermas as chaves para justificação interna e externa das decisões judiciais, a primeira obtida do recurso aos princípios e a segunda, do romance em cadeia. A questão que se coloca é o grau de abstração que existe no juiz Hércules e sua sobrecarga argumentativa, pois se trata, em última análise, de um mítico julgador solipsista. Daí a necessidade de Habermas recorrer a Klaus Günther para reparar os pontos conflitantes de Dworkin e, somente assim, conseguir fechar a coerência procedimental do direito (DUTRA, 2006, p. 23-29).

Com Günther, Habermas percebe a divisão entre os discursos de aplicação e de fundamentação das normas, de modo que os primeiros tratam da adequação e os segundos tratam da validade¹¹. Inicialmente, Günther (1995, p. 35-53) compreende que a jurisdição deve ser pautada por regras procedimentais que permitam o exercício da autonomia política do cidadão, garantindo a tutela de sua liberdade e de sua igualdade. Para tanto, a aplicação dos discursos de adequação se dá através de um terceiro imparcial, que é o juiz, retratado enquanto o representando do Estado, cujo dever é fundamentar sua decisão com supedâneo na participação de todos os destinatários potenciais do caso concreto.

Os discursos de fundamentação ancoram a validade das normas e são produzidos pelo legislador, enquanto os discursos de aplicação envolvem a escolha da norma mais adequada ao caso concreto, dentro do universo de normas aplicáveis *prima facie*. Esse universo é trazido ao

¹⁰ Habermas (2020, p. 287-290) compreende que Dworkin oscila entre as perspectivas do cidadão e a de um juiz ideal, cujo privilégio cognitivo o direciona para uma solidão monológica. Por Dworkin considerar o direito como uma ferramenta de integração social, assim como próprio Habermas, é que haverá o recurso à teoria do agir comunicativo. Somente assim será possível deslocar o solipsismo de Hércules para uma perspectiva democrática da decisão judicial. Nesse ponto, inclusive, Habermas encontra eco nas críticas de Frank Michelman à teoria dworkiana, que considera Hércules demasiadamente heroico e incapaz de dialogar com outra pessoa além de si mesmo e dos seus livros. Essa perspectiva solipsista se torna problemática na medida em que a própria sociedade civil é deixada de lado no processo decisório, já que Hércules será responsável por interpretar, como um observador paternalista, aquilo que deveria ser objeto de discussão pela opinião pública.

¹¹ Günther (1989, p. 157) justifica a necessidade de separar os discursos, consoante explicado, pois não existem normas perfeitas, já que não há tempo suficiente para que haja uma ampla e universal justificação quanto a todas as possíveis circunstâncias de aplicação de uma norma dentro de um processo judicial. Assim, o poder judiciário trabalha com normas válidas – produzidas pelo legislador –, sendo a discussão direcionada para identificar qual a norma mais adequada ao caso concreto sob análise. Ademais, essa divisão de discursos é reforçada, em especial, no âmbito dos casos difíceis, pois o judiciário praticará, efetivamente, um discurso de fundamentação, razão pela qual, além da ampla participação procedimental, faz-se necessária a produção de uma argumentação jurídica robusta, pelo julgador, para convencer as esferas públicas (HABERMAS, 2020, p. 555). Por fim, vale destacar que Habermas não adota integralmente a teoria de Günther, pois entende que não se pode deslocar, totalmente, a problemática da aplicação do direito para os casos concretos, sob pena de violar a segurança jurídica (DUTRA, 2006, p. 26).

processo mediante a argumentação jurídica desempenhada pelos destinatários da decisão, considerando todas as circunstâncias e particularidades do caso concreto. É essa a solução encontrada por Günther (2011, p. 407-421) para resolver a indeterminação do direito.

Assim, ancorado em Dworkin e em Günther, o frankfurtiano finda em um modelo de decisão no qual a tensão entre facticidade e validade é solucionada nos processos de aplicação do direito. Essa tensão é desdobrada na necessidade das decisões serem corretas e consistentes, no sentido de atenderem tanto à legitimidade, pela participação dos seus destinatários, quanto pela satisfação da segurança jurídica. Com efeito, Habermas usará da teoria de Günther para propor que a única decisão possível, tratada por Dworkin, é aquela que é construída procedimentalmente através do processo judicial¹² (DUTRA, 2006, p. 18-19; SIMIONI, 2007, p. 200-203).

Pela reconstrução engrenada pelo frankfurtiano, o juiz Hércules de Dworkin se colocará ao diálogo, abandonando sua postura solipsista. A ideia de Habermas é utilizar do conceito de *status activus processualis* de Häberle para sinalizar uma abertura argumentativa do poder judiciário. Logo, considerando o uso público da razão no âmbito do direito processual, todos os destinatários da decisão judicial deverão participar, procedimentalmente, da sua construção. A intenção é assegurar a aceitação racional da decisão judicial, que será produzida pela vitória do melhor argumento, o que pode ser controlado através da fundamentação da decisão, enquanto condição inexorável do discurso jurídico¹³ (HABERMAS, 2020, p. 289-295).

Dessa maneira, Habermas (2020, p. 302-306) propugna que o conteúdo das decisões judiciais seja proveniente dos atores processuais, os quais veiculam argumentos que englobam elementos sociais, temporais, objetivos e institucionais. De outro lado, essa argumentação deverá ser livre de influências discursivas externas ao processo judicial. Levando em conta esses elementos, o frankfurtiano conclui que as decisões judiciais deverão atender a dois postulados. No primeiro, as decisões judiciais devem ser corretas, o que se dá pela sua construção argumentativa em parceria com os seus destinatários, conferindo legitimidade ao

¹² Isso se dará pela aplicação do princípio do discurso como forma de superar a indeterminação do direito, garantindo a justificação interna da decisão pelo romance em cadeia, o que possibilita, de outro giro, na perspectiva externa, a avaliação da coerência dos argumentos empregados. Nesse momento, Habermas empregará a teoria de Günther para solucionar o alto grau de abstração do juiz Hércules de Dworkin, chegando na ideia de que a única decisão correta é aquela produzida procedimentalmente (HABERMAS, p. 266-282)

¹³ Habermas absorve essa perspectiva de Aulis Aarnio, fazendo um contraponto com a obra de Owen Fiss. Aarnio (1987, p. 186-192) traz a perspectiva da fundamentação da decisão judicial como um elemento essencial e redundante na legitimidade da interpretação judicial. De seu turno, Fiss (2007, p. 201-226) sustenta que a legitimidade decorre dos *standards* decisórios, enquanto padrões empregados pelos juízes. Ademais, a opção teórica adotada por Habermas implica na refutação da tese do caso especial de Robert Alexy (DUTRA, 2006, p. 27-30).

julgado. No segundo, as decisões judiciais devem ser consistentes, pois necessitam ter um nexo de pertinência com o ordenamento jurídico, o que configura a segurança jurídica.

Ao trazer à baila esses dois itens, Habermas (2020, p. 303-305) exige elementos do direito processual a satisfação simultânea da legitimidade e da segurança jurídica. Se, no nível da decisão, a validade tensiona a correção, no nível do processo judicial, será necessária a garantia de um procedimento argumentativo. Já a facticidade, no nível da decisão, envolve a consistência e a segurança jurídica, logo, o processo civil deverá ser um procedimento regulado, mediante a institucionalização do discurso jurídico, o que se dá pela definição dos ritos processuais. Por fim, a decisão produzida poderá ser objeto de autorreflexão, que nada mais que é o manejo da via recursal, devolvendo a questão para análise nas instâncias superiores.¹⁴

Com a satisfação das exigências mencionadas para o direito processual, o exercício da jurisdição passa a ser amparado na soberania popular, em uma ótica democrática, tendo como seu representante a figura do magistrado, que atua na condição de terceiro imparcial. O papel do direito processual está na institucionalização dos procedimentos para verificação dos fatos e para valoração das prova produzidas. Ao cabo, a decisão judicial também pode ser objeto de análise, a partir de sua fundamentação, pelas esferas públicas que compõem a sociedade civil (HABERMAS, 2020, p. 302-306; GÜNTHER, 1995, p. 51-52).

Satisfeita essa etapa inicial, com uma breve análise da teoria da decisão de Habermas, o próximo passo será analisar como o direito processual civil brasileiro cumpre os requisitos tracejados pelo frankfurtiano. Assim, será possível realizar uma reconstrução do próprio processo civil por intermédio dos postulados da teoria do agir comunicativo, sem que isso redunde em uma eticização do processo¹⁵.

3 A INTERFACE ENTRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

¹⁴ Ainda que Habermas (2020, p. 159) visualize a aplicação do direito como uma forma de discurso jurídico institucionalizado, cumpre salientar que o frankfurtiano não realiza aprofundamentos sobre sua teoria da decisão. Se olhado em uma perspectiva simplista, Habermas nada mais faz do que reconstruir a teoria da integridade de Dworkin através do agir comunicativo (COELHO, 2013, p. 338-339), o que, de maneira alguma, prejudica o recurso teórico ao que foi produzido pelo frankfurtiano. Por ter se dedicado aos estudos sobre o estado pós-nacional e as relações internacionais, Habermas (1998, p. 170-171) acaba deixando os escritos sobre filosofia do direito em segundo plano, o que justifica uma ausência de continuidade quanto à teoria de decisão procedimental.

¹⁵ A despeito de não mencionar expressamente a eticização processual, Habermas reconhece que, no processo judicial, existem espaços para atuação estratégica das partes. A grande questão é identificar quais são os tipos de agir estratégico que são tolerados e quais são aqueles que devem ser combatidos.

Dando prosseguimento ao objetivo de reconstruir o devido processo legal, com suporte do projeto habermasiano, a presente seção estará ocupada de analisar o instituto jurídico mencionado, em conexão com as diretrizes sobre decisão judicial descritas acima. No percurso adotado, será feita uma passagem nos estudos da Escola Mineira de Processo, enquanto representante do estado da arte na interface entre o direito brasileiro e a obra de Habermas. Cumpre salientar que, nessa seção, serão discutidos, de forma incipiente, institutos do direito processual civil, na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015. Não será feito um aprofundamento mais detalhado dos institutos processuais, consoante não ser o objeto direto desta pesquisa.

O devido processo legal corresponde a um princípio constitucional, contido no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e orienta como se dará, de um lado, o processo legislativo e, de outro, como será a aplicação do direito no âmbito da jurisdição – daí se falar na figura de um devido processo constitucional¹⁶ (CAVALCANTI, 2019, p. 383-385). Ao ser aplicado no exercício jurisdicional, o devido processo legal tem como conteúdo o mínimo de elementos para o exercício de um processo justo, que é um direito do cidadão (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 765-772). Essa percepção gera uma série de institutos, como a cooperação processual, a boa-fé processual¹⁷ e o contraditório substancial¹⁸, orientando a maneira de agir na sistemática processual¹⁹.

¹⁶ Tratam-se das duas dimensões do devido processo legal, a primeira processual e a segunda substantiva. Na dimensão do processo, é necessário aplicar o devido processo legal a todos os atos realizados, sejam eles legislativos, administrativos ou judiciais, garantindo que as formas de execução e procedimentos adotados estejam em conformidade com as leis. Em outra perspectiva, na dimensão substantiva, quando aplicada no poder judiciário, há a necessidade de garantir que o exercício da jurisdição esteja em conformidade com a Constituição, protegendo efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos contra qualquer violação (SILVEIRA, 2019, p. 198-202).

¹⁷ A boa-fé processual é um princípio fundamental que fornece o pressuposto ético e direciona a conduta dos sujeitos processuais, sendo uma consequência do devido processo legal. Com previsão no art. 5º do Código de Processo Civil, a boa-fé processual conduz a uma rede de obrigações recíprocas de lealdade, com punição a prática de atos desleais. É esse princípio que guia o processo para alcançar a verdade possível, dentro dos limites da produção probatória, contribuindo para a segurança jurídica ao coibir comportamentos dolosos e estabelecer deveres cooperativos entre as partes do processo. Sua aplicação é flexível e suas consequências podem variar, dependendo do caso em análise pelo juiz. Quando há violação da boa-fé processual, é possível que sejam cominadas sanções como a preclusão de poderes processuais, indenização por danos causados, medidas inibitórias, medidas disciplinares ou até mesmo a nulidade do ato praticado. (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 135-139; MAZZOLA, 2017, p. 73-75; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 467-470).

¹⁸ O princípio do contraditório se divide em duas dimensões: a primeira, de ordem formal, envolve o direito de participar de todos os atos processuais, enquanto a segunda, de ordem substancial diz respeito ao direito de influenciar a formação da decisão judicial. Ademais, o princípio do contraditório está associado à divisão do ônus probatório, que deve ser adequada à situação do direito material, permitindo que a produção de provas seja adaptada ao caso em questão, o que modifica o dever de provar as alegações em juízo (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 91-92).

¹⁹ Além dos institutos mencionados, também podem ser associados à cooperação processual e o devido processo legal a figura da carga dinâmica do ônus da prova, os deveres cooperativos do magistrado e o saneamento compartilhado (PEREIRA, 2018, p. 161-170). Como explicado outrora, não será feito nenhum aprofundamento sobre os institutos, ante o espaço limitado e por fugirem à problemática da pesquisa. Todavia, não se pode duvidar

Afinal, para que o devido processo legal seja concretizado, é essencial que haja cooperação e boa-fé processual entre todas as partes envolvidas no processo, incluindo magistrados, tribunais e terceiros. A boa-fé processual estabelece um conjunto mínimo de condutas que devem ser adotadas para garantir que o processo cumpra sua finalidade de produzir uma decisão justa e adequada, sem exigir comportamentos processuais improváveis das partes e sem impor uma eticização do processo.

De outro giro, o princípio do contraditório está situado no art. 7º do Código de Processo e se baseia no ideário democrático que deve animar o processo jurídico. Trata-se da garantia de influência na formação da decisão judicial, que substitui a bilateralidade de participação em audiência no princípio do contraditório, tornando a relação processual argumentativa, isonômica e igualitária. Aliada à igualdade de armas, ao ser adotada como viga mestra no debate entre partes, julgador e terceiros, essa perspectiva confere a possibilidade da parte influenciar a decisão do julgador, o que impede decisões surpresas – que são vedadas pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil²⁰ – e garante a cooperação processual e o devido processo legal. Dessa maneira, o contraditório, na modalidade substancial, requer que o magistrado aja em diálogo com as partes, discutindo a condução do processo e as questões fáticas e jurídicas relevantes para a formação da decisão (NUNES, 2008, p. 224-249).

A fundamentação da decisão, enquanto direito fundamental do cidadão decorrente do devido processo legal, é o mecanismo de controle e de garantia do contraditório substancial, já que viabiliza a compreensão de como cada elemento processual foi valorado pelo julgador (MOTTA, 2015, p. 156-158; DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 471-472). Nesses termos, há o dever do poder judiciário de apresentar argumentos sólidos para as partes e para a sociedade. Afinal, a legitimidade²¹ de uma decisão judicial depende do controle exercido por meio da exposição de fundamentos, que devem ser construídos de forma participativa junto às partes, o que

que todos esses institutos contribuem para que o processo civil brasileiro, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, cumpra os requisitos habermasianos de um procedimento argumentativo e regulado.

²⁰ Decisões surpresa são aquelas proferidas sem a prévia manifestação das partes, também denominadas de decisões por emboscada. Caso sejam produzidas, essas decisões violam a cooperação processual, em especial, os deveres de consulta e esclarecimento judicial do julgador, que deve submeter as questões processuais e materiais para análise das partes antes de decidir. (NUNES, 2008, p. 224-229)

²¹ A própria racionalidade da decisão judicial baseia-se na relação entre arbitrariedade e justificação, utilizando como referência o ordenamento jurídico e permitindo uma análise cuidadosa do caso, com o reconhecimento de todos os atos processuais realizados e argumentos veiculados pelas partes, os quais devem ser enfrentados pelo julgador. Logo, para fornecer uma fundamentação adequada, o juiz deve identificar e aplicar individualmente as normas pertinentes com base nos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, analisar as alegações de fato de acordo com o que foi apresentado e atribuir uma qualificação jurídica ao conjunto fático. Em seguida, o julgador deve apresentar as consequências decorrentes dessa qualificação, considerando o contexto da relação entre implicação e coerência e, finalmente, justificar os enunciados com base nos critérios identificados ao longo do processo, confrontando-os com as informações expostas pelas partes (KOCHEM, 2016, p. 481-484).

diminui o risco de arbitrariedades. Através da fundamentação, evita-se a possibilidade de tomadas de decisão baseadas em critérios subjetivos e se busca construir uma resposta adequada por meio do diálogo entre as partes envolvidas e o julgador (SCHMITZ, 2016, p. 411-418).

Em uma leitura procedimental²², a cumulação do devido processo legal com a cooperação processual e seus institutos enseja o cumprimento dos requisitos da teoria de Habermas, conduzindo para a produção participativa de decisões judiciais coerentes, consistentes e imparciais. A cooperação processual equilibra a relação processual, através da divisão de trabalho entre todos os atores processuais, promovendo um processo justo e cooperativo. Nesse policentrismo, não há predominância de um sujeito processual, pois todos devem cooperar com o processo, dentro de seus papéis (PEREIRA, 2018, p. 155-160; NUNES, 2008, p. 215-217).

A interface entre a teoria de Habermas e o direito processual brasileiro, tomando o devido processo legal como base, encontra guarida na Escola Mineira de Processo, notadamente nos trabalhos de Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron²³. Trata-se de uma corrente teórica que busca uma leitura constitucional e procedimental do processo civil, com ênfase na construção dialógica da decisão judicial. A Escola Mineira de Processo também é conhecida como Escola Habermasiana de Processo e representa uma nova visão da dogmática processual (JOBIM, 2014, p. 91-92).

Marcelo Cattoni (2016, p. 167-168) alinha a argumentação jurídica com o contraditório participativo, pois os destinatários do processo judicial tem a garantia de participação na formação da decisão²⁴. De seu turno, essa garantia é o que forma as condições mínimas de

²² Trata-se de uma terceira dimensão do devido processo legal, que é estudada por Marcelo Cattoni, a partir de uma lente habermasiana, e que se refere ao procedimento adotado pelo ente público na produção de decisões vinculantes. Nessa abordagem, o devido processo procedimental vai além de uma perspectiva formal, atuando tanto como um limite para o poder jurisdicional quanto como um instrumento processual para o exercício da jurisdição de forma justa e adequada (OLIVEIRA, 2019, p. 151-167). Com efeito, ao pensar na teoria do direito processual, a cooperação processual é vista como uma terceira via para além dos modelos dispositivo e adversarial, permitindo, enquanto instrumento de concretização do devido processo legal, sua associação ao modelo procedimental habermasiano (PEREIRA; BARROS, 2021, p. 530-532). Daí que se justifica a percepção de que o procedimentalismo, enquanto terceira via proposta por Habermas aos paradigmas de Estado liberal e social, encontra uma inserção no âmbito processual por intermédio da cooperação.

²³ A Escola Mineira de Processo tem sua origem está nos programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e apresenta outros integrantes além daqueles mencionados. Esse movimento tem sua origem com Aroldo Plínio Gonçalves, cujos estudos de direito processual fornecem uma perspectiva próxima daquilo que se entende por contraditório por influência. Todavia Marcelo Cattoni e Flaviane Magalhães são os responsáveis pela inserção da teoria habermasiana nos estudos da Escola. Por fim, Rosemiro Pereira Leal abre divergência com os demais membros da Escola, pois abandona a matriz habermasiana, passando a empregar a obra de Karl Popper como fundamento filosófico.

²⁴ Cattoni (2016, p. 166-167) adota uma concepção que não faz uma distinção teleológica entre processo e procedimento, nem considera o primeiro como uma relação jurídica ou o segundo como uma forma. A escolha é por uma abordagem habermasiana, entendendo o procedimento como uma categoria mais ampla e o processo como uma subcategoria. Os procedimentos abrangem os atos preparatórios que são vinculantes para o Estado e têm o

aceitabilidade racional para o processo judicial, que deverá ser um procedimento discursivo. Trata-se de uma leitura procedimental²⁵, pois o direito, como prática social, ultrapassa os elementos herméticos dos paradigmas jurídico e liberal, exigindo uma nova compreensão da legitimidade das decisões judiciais. Assim, o devido processo legal assegura, a partir de uma série de direitos e garantias fundamentais, dele decorrentes, a construção argumentativa da decisão judicial, o que afirma tanto a coerência normativa da decisão quanto sua aplicabilidade ao caso em análise (OLIVEIRA, 2016, p. 151-152).

Dando prosseguimento aos estudos sobre o exercício do contraditório, Dierle Nunes resgata as questões lançadas no início da Escola Mineira de Processo, em especial, avançando na análise daquele instituto como cooperação processual ou participação. Sua abordagem parte da abertura do processo civil para repensar o exercício da jurisdição com base na teoria do direito, no direito constitucional e na filosofia do direito. A ideia é garantir um maior lastro democrático às decisões produzidas pelo poder judiciário, além de permitir a proteção de minorias, o que desenha uma função contramajoritária para o exercício jurisdicional.

Nunes (2008, p. 254-258) argumenta, dentro da perspectiva procedimental habermasiana, que os princípios constitucionais fornecem uma base normativa e corretiva. Isso permite que todos os participantes do processo exerçam as autonomias pública e privada, independentemente de sua parcialidade, uma vez que os argumentos normativos apresentados no espaço do processo podem servir como fundamentos para as decisões. Essa visão conduz a um modelo processual policêntrico, alinhado ao princípio democrático de Habermas, que prevê a participação de diversos protagonistas na produção das decisões judiciais, desde que atuem de forma técnica, racional e responsável, como sujeitos processuais.

De acordo com Alexandre Bahia (2012, p. 103-104), a inserção do construto procedimental é imbricada na figura do Estado Democrático de Direito²⁶, dado que a

poder de gerar efeitos jurídicos, incluindo provimentos legislativos, judiciais e administrativos. Por outro lado, o processo é um procedimento que envolve a participação dos interessados, que são os seus destinatários, na elaboração dessas provisões. De outro giro, Cattoni (2014, p. 207-214) elenca os direitos fundamentais como condicionantes da formação do consenso racional na gênese democrática do Direito, por intermédio da institucionalização de normas de agir, os quais são garantidos através do exercício da jurisdição.

²⁵ Cattoni emprega a teoria do discurso para abordar a tensão entre facticidade e validade dentro do contexto da integração social promovida pelo direito. Ele utiliza esse conceito como um norte para discutir, em última instância, a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. O uso de Habermas é justificado pela compatibilidade de sua proposta procedimental com os princípios do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA, 2016, p. 208-212).

²⁶ O Estado Democrático de Direito possui pressupostos distintos daqueles adotados pelo Estado de Direito que o precedeu, sendo possível analisá-lo sob os paradigmas social e liberal previamente descritos por Habermas. No entanto, o Estado Democrático de Direito enfrenta desafios específicos, como o risco de fechamentos tecnocráticos e a presença de diferentes concepções de vida que, por vezes, revelam-se incompatíveis entre devido ao pluralismo. Nesse contexto, é necessário redefinir conceitos como Estado, soberania popular, democracia, cidadania, público e privado. Isso motiva a importância de defender a existência de direitos individuais, cujo reconhecimento e

Constituição Federal de 1988, sob a influência dos constitucionalismos português e espanhol, se projeta para além dos paradigmas liberal e social, fazendo uma releitura de ambos. Isso demonstra a escolha do constituinte em equilibrar os princípios liberais e republicanos, com a intenção de consolidar a opção democrática²⁷. Daí a viabilidade da proposta de Cattoni (2016, p.159-164), pela adoção de uma teoria discursiva da Constituição, no direito brasileiro, com o afã de equilibrar os direitos fundamentais e a soberania popular, nos sentidos constitucional e jurisdicional, de implementar um modelo dialógico de construção da decisão.

Dito isso, mesmo que o Brasil não adote um modelo de democracia deliberativa²⁸, é incontestável que as contribuições de Habermas podem contribuir para repensar criticamente o direito brasileiro, dada sua natureza normativa. Nesse sentido, o paradigma procedimental desenvolvido por Habermas oferece uma base teórica que permite ponderar a forma como a legitimidade deve ser abordada, especialmente na construção de consensos entre os cidadãos, um elemento essencial no contexto do pluralismo jurídico. Por esse motivo, há evidências de que pelo menos parte do arcabouço conceitual de Habermas pode estabelecer um diálogo com o direito brasileiro.

O único cuidado que se deve ter com a proposta habermasiana diz respeito a uma possível eticização do processo, já que não se pode esperar que as partes ajam comunicativamente entre si. A cooperação processual se espraia em diversos institutos acima mencionados, os quais contemplam um elemento discursivo, impondo deveres e ônus participativos entre os sujeitos processuais. Ainda que sejam criadas esferas de limitação ao agir estratégico e de estímulo ao agir comunicativo²⁹, não se pode perder de mira que existem interesses colidentes, dado que o processo é baseado na existência de uma lide.

efetivação são fundamentais para garantir a construção das autonomias privada e pública dos cidadãos (BAHIA, 2004, p. 314-315).

²⁷ O processo de redemocratização exige a utilização de um modelo que garanta os direitos próprios do republicanismo, ao mesmo tempo em que defende vigorosamente as liberdades individuais que foram anteriormente restringidas durante o período militar. No entanto, é importante ressaltar que o próprio sistema jurídico brasileiro anterior era carente dessas manifestações, o que não implica necessariamente na existência de um abismo entre os paradigmas mencionados anteriormente ou em sua completa abolição no contexto atual.

²⁸ Insta salientar que, a despeito do trabalho identificar a potencial aproximação e interface entre a teoria habermasiana e o direito brasileiro, existem, na doutrina, críticas quanto a viabilidade dessa empreitada, ante a suposta incompatibilidade do pensamento habermasiano com os contextos jurídico, social, político e econômico do Brasil. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008, p. 252-253) sintetiza esses elementos, respondendo que a realidade brasileira não gera qualquer impedimento para a concepção de universalidade trabalhada por Habermas, consoante sua teoria trazer condições ideais. Se os elementos teóricos que Habermas adota fossem tomados como algo transcendental, sua teoria seria inaplicável em qualquer lugar do mundo. Não obstante, existem pessoas em condições de hipossuficiência e minorias mesmo em países desenvolvidos. A aposta no emprego de Habermas está nos potenciais críticos e cognitivos que a sua teoria pode trazer ao direito brasileiro, notadamente, quanto à melhoria das instituições, na ampliação da democracia e na redução das marginalizações sociais.

²⁹ De um lado, o contraditório substancial, o saneamento compartilhado e os meios adequados de resolução de conflitos são exemplos de estímulos do agir comunicativo, sem que se prenda a uma eticização processual. De outro lado, são exemplos de limitação ao agir estratégico a vedação às decisões por emboscada, as regras de

Inclusive, o próprio Habermas (2020, p. 306) admite que o processo judicial abre certa margem, ainda que limitada, para o agir estratégico.³⁰ Na realidade, a cooperação processual deverá ser da comunidade de trabalho com o próprio processo e não das partes, necessariamente, entre si, ou obrigatoriamente com o juízo, no sentido de deveres ou condutas que devem ser exigidas, a partir de suas posições, em relação aos outros, no processo. O critério deverá ser a posição subjetiva, pela qual se pode valorar, a partir das próprias regras processuais, as condutas das partes (FERNANDES; PEDRON, 2007, p. 51-52). Deverá ocorrer, no âmbito do processo policêntrico e participativo, um compromisso das partes, dos terceiros e do julgador com o processo civil, nos termos de uma boa-fé controlada normativamente (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 299).

Ou seja, todas as práticas, ainda que configurem agir estratégico, caso não incorram no exercício abusivo de direitos ou acarretem prejuízos, podem ser realizadas – caso seja configurada uma prática dolosa e abusiva do respectivo sujeito, lhe será imposta a sanção correspondente, prevista pela legislação processual. Na realidade, Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 467) associam a eticização processual a uma patologia característica do superdimensionamento da instrumentalidade processual, deslocando o eixo procedimental para uma cariz inquisitorial, tornando o juiz um verdadeiro censor do comportamento das partes³¹. Com efeito, o processo deve ser um espaço para prevalência de teses jurídicas e não para a produção de prejuízos para as partes, já que o próprio procedimento processual é, por si só, um ponto de consenso (RANGEL, 2016, p. 294).

Em síntese, para que as partes possam contribuir argumentativamente na construção da decisão em conjunto com o juiz e exercer o contraditório de forma efetiva, é necessário que atentem para a cooperação processual. É por meio das questões levantadas pelas partes que a legitimidade procedimental da decisão de mérito é estabelecida, e a participação nesse jogo

suspeição e impedimento do juiz, a decretação de nulidade das decisões não fundamentadas, as sanções por litigância de má-fé e condenação dano processual, o abuso de direito, as tentativas de fraudar a execução e a multa por interposição de recurso meramente protelatórios.

³⁰ Habermas (2020, p. 295-299) reforça esse argumento ao criticar a tese do caso especial de Robert Alexy e defender que, na realidade, o processo deve ser efetivado como um procedimento argumentativo no qual ocorre a busca cooperativa pela verdade. Afinal, a decisão é construída pelas contribuições discursivas das partes, as quais são direcionadas ao juízo imparcial do julgador – encarado, nesse item, não como sujeito processual, mas sim como estado-juiz, já que a jurisdição é exercida a partir do devido processo legal.

³¹ Ronaldo Brêtas Dias (2018, p. 227) afirma que a cooperação processual não pode ser vista como um companherismo processual e nem o juiz deve ser visto como um terapeuta social, sendo exigido, minimamente, um comportamento adequado à resolução das controvérsias em análise. De igual maneira, Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 300) também são críticos de uma romantização da cooperação processual, enquanto uma solidariedade processual utópica, pois, na realidade, as partes desejam ganhar, ao passo que o juiz deseja diminuir o número de processos pendentes de julgamento. Os referidos juristas também criticam o viés puramente colaborativo, no qual a cooperação é resumida à simples cooperação das partes com o magistrado.

argumentativo pressupõe o cumprimento do devido processo legal como um requisito pragmático do processo civil. Além disso, existem evidências de que a busca cooperativa pela verdade, mencionada por Habermas ao abordar o discurso jurídico, guarda semelhanças com aquela definida pelo Código de Processo Civil. Dito isso, a próxima etapa da pesquisa estará debruçada sobre a reconstrução da cooperação processual a partir dos elementos teóricos do agir comunicativo.

4 O DISCURSO JURÍDICO INSTITUCIONALIZADO E A RECONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRESSUPOSTO PRAGMÁTICO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A compreensão de uma teoria discursiva e procedimental do processo precisará, sob um julgo habermasiano, satisfazer dois requisitos distintos, um direcionado para a fundamentação interna da decisão e outro para a fundamentação externa. O primeiro advém da formação procedimental do direito, ao passo que o segundo consiste na vitória do melhor argumento perante um juízo imparcial. Empregando o procedimentalismo habermasiano no direito processual, é possível visualizar o processo como um ambiente favorável à argumentação jurídica, de modo que as normas processuais se comportam como normas procedimentais em um sentido discursivo (BAHIA, 2004, p. 349).

Na visão de Habermas (2020, p. 303), o direito processual ordena e programa o jogo argumentativo que é desempenhado na formação da sentença. O direito processual civil é tanto imanente quanto transcendente, pois tem como função compensar a incerteza das relações comunicativas, por intermédio de regras e princípios que concedem legitimidade aos discursos de validade e de aplicação das normas (BAHIA, 2004, p. 350-352). A decisão produzida procedimentalmente pode trazer melhorias para o próprio direito, ante a sistemática de precedentes judiciais³² – a qual, no direito brasileiro, decorre do Código de Processo Civil de 2015.

Para efetivar a programação dos jogos argumentativos, Habermas (1989, p. 118-120) recorre a um conceito denominado de pressuposto pragmático da argumentação, que serve de

³² Há uma aproximação, nesse ponto, com o pressuposto da coerência habermasiano, a partir do qual “as interpretações dos casos particulares, cumpridas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma de comunicação de um discurso cuja constituição sócio-ontológica permite que a perspectiva dos participantes e a perspectiva dos parceiros do direito não implicados, representadas por um juiz imparcial, possa se transformar uma na outra. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, exigido para as interpretações construtivas, não se deixa abarcar por caracterizações puramente semânticas, remetendo-nos a pressupostos pragmáticos de argumentação” (HABERMAS, 2020, p. 296-297).

fundamento para a ética do discurso, entregando as regras mínimas para a atividade discursiva. Essas regras embasam as fundamentações das normas de ação formuladas, pois orientam a argumentação, sem interferir no seu conteúdo e são aceitas pelos participantes, pois o próprio ato argumentativo já implica, automaticamente, a sua aceitação.

No âmbito do direito processual, o pressuposto pragmático da argumentação jurídica é o devido processo legal, que, consoante já explicado anteriormente, é o médium linguístico-jurídico que fundamenta, procedimentalmente, os processos judicial, legislativo e administrativo. Isto posto, a aplicação democrática do direito deverá ser pautada pelo devido processo legal, enquanto pressuposto de coerência, e pelos instrumentos dialógicos dele decorrentes, a exemplo da cooperação processual e do contraditório substancial.

Quando a discussão em tela é trazida para o direito brasileiro, o que se verifica é uma constitucionalização e democratização do direito processual civil, que se reflete tanto como uma garantia quanto como um instrumento de participação ativa do cidadão. Ou seja, o devido processo legal, enquanto direito fundamental, é um princípio a serviço da soberania popular. E, com efeito, cabe ao direito processual civil concretizar as normas constitucionais, fornecendo os instrumentos para efetivação do devido processo legal (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 122-123; DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 159-160).

Todos esses elementos apontam para uma identidade do direito processual com o princípio do discurso³³ de Habermas. As instituições participativas do processo, que surgem do devido processo legal e são materializadas pela cooperação processual, garantem o cumprimento dos requisitos necessários para a produção de decisões corretas, coerentes e que permitem uma argumentação livre dentro dos princípios e regras processuais estabelecidas³⁴. Ademais, o devido processo legal é, por si só, um dos direitos fundamentais previstos por

³³ O princípio do discurso fundamenta as normas de ação com base em condições mútuas de reconhecimento comunicativo, e corresponde, na realidade, ao próprio princípio moral. Isso implica que, na estrutura semântica do princípio do discurso, estão incluídas todas as proposições normativas e expectativas de comportamento generalizadas que têm o poder de regular condutas com base no entendimento mútuo. O desenvolvimento do princípio do discurso ocorre de forma argumentativa por intermédio das obrigações ilocucionárias recíprocas. Trata-se de uma reconstrução do imperativo categórico de Kant, não sendo visto apenas como uma máxima de ação, mas sim como um fundamento para normas que possuem legitimidade universal. Há uma distinção entre as normas que todos podem desejar e aquelas que são indesejáveis (HABERMAS, 2020, p. 156-159). Habermas (2020, p. 155) expressa esse princípio da seguinte maneira: “São válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais”.

³⁴ Em outras palavras, é por meio dessa linguagem reflexiva, derivada do devido processo legal, que o processo civil se torna um espaço para a reconstrução e reafirmação do direito, consoante o princípio do discurso ter uma neutralidade deontológica, decorrente da procedimentalidade do contraditório, da isonomia e da ampla defesa (LEAL, 2017, p. 149-172).

Habermas, como consectários da consideração da pessoa como sujeito de direito e realização da autonomia política³⁵.

Em síntese, o devido processo legal, como pressuposto pragmático da argumentação jurídica e alicerce fundamental do processo civil, desempenha o papel crucial de estabelecer as condições procedimentais mínimas para o discurso jurídico, que se desenvolve como um discurso institucionalizado³⁶. Isso possibilita a reconstrução³⁷ do modelo processual brasileiro, a partir dos elementos da teoria do agir comunicativo. Em outras palavras, a cooperação processual, enquanto instrumentalização infraconstitucional do devido processo legal, pode ser considerada como uma potência emancipatória.

A cooperação processual, como norma fundamental, direciona a condução do processo civil, tanto no aspecto comportamental da comunidade de trabalho quanto na aplicação dos demais institutos processuais. Portanto, cabe aos sujeitos processuais colaborar com o processo, a fim de buscar a "verdade" ou a "resposta correta" que será expressa por meio de uma decisão judicial construída de forma procedimental. Nesse sentido, é necessário discutir as

³⁵ O devido processo legal se enquadra na terceira das cinco categorias de direitos fundamentais descritas por Habermas e que permitem ao direito ser o médium da integração social, a partir da tensão entre direitos humanos e soberania popular. A primeira categoria de direitos garante a maior medida que for possível de liberdades subjetivas de ação. A segunda categoria confere ao cidadão o papel de um parceiro do direito na construção das normas jurídicas. A terceira categoria compreende os direitos de postulação jurisdicional de direitos e proteção judicial. A quarta categoria trata dos direitos de participação no processo de formação de opinião na criação do direito. A quinta e última categoria trata dos direitos necessários à satisfação do mínimo existencial nos níveis social, técnico e ecológico (HABERMAS, 2020, p. 171-173).

³⁶ Como nas relações discursivas em que há um conflito de interesses entre os participantes, é necessário estabelecer um consenso mínimo em relação à vontade, daí a necessidade de institucionalização do discurso, o que ocorre precisamente nos discursos jurídicos. Por meio da institucionalização, são estabelecidas as regras procedimentais que permitem o desenvolvimento do discurso de acordo com a ação comunicativa (HABERMAS, 1993, p. 15-17). A institucionalização discursiva também é uma característica da reconstrução procedimental do sistema de direitos, que enfatiza a igualdade de oportunidades de expressão no discurso institucionalizado, sob o princípio da democracia. Internamente, a argumentação no discurso institucional é guiada pelo princípio moral do discurso (HABERMAS, 2020, p. 159). Dessa forma, o processo judicial de Habermas pode ser considerado uma forma de discurso institucionalizado, no qual os interesses conflitantes das partes litigantes são reconciliados por meio do sistema jurídico, baseado em princípios constitucionais. Procedimentalmente, o processo judicial tem o potencial de se aproximar, idealmente e por meio das regras institucionalizadas, de uma situação ideal de fala. Afinal, as regras procedimentais geram um grau zero de equidade argumentativa entre os participantes.

³⁷ A reconstrução é o método empregado por Habermas no desenvolvimento de suas pesquisas. A aplicação da dita metodologia ocorre em duas etapas, começando pela reconstrução do conhecimento intuitivo daqueles que participam das interações sociais. Esse conhecimento deve ser abordado a partir da perspectiva do participante e ser transformado em um conhecimento teórico que busca a verdade e pode ser testado empiricamente. Na segunda etapa, são elaboradas teorias gerais que explicam a lógica interna e a dinâmica histórica dos padrões de racionalidade previamente identificados. A reconstrução da Teoria Crítica analisa os processos sociais mais amplos em suas dimensões social e racional, buscando identificar possíveis elementos emancipatórios para lidar com os fatores coercitivos presentes nas sociedades capitalistas. A ideia de emancipação, nesse contexto, está ligada à necessidade de autonomia no processo discursivo, fundamentado na racionalidade comunicativa, que se apresenta como um potencial real de transformação com base no que é possível no presente. Trata-se, portanto, de uma emancipação que busca uma comunicação livre de qualquer elemento coercitivo, seja externo ou interno, interpessoal ou intrapsíquico, entre os interlocutores (REPA, 2008, p. 178-180; NOBRE; REPA, 2012, p. 18; REPA, 2021, p. 28-30).

consequências dessa abordagem discursivo-comunicativa da teoria processual para a situação atual do processo civil brasileiro, especialmente em relação aos possíveis benefícios em termos de legitimidade das decisões judiciais.

Afinal, o processo judicial é uma manifestação da racionalidade coletiva, em que a decisão é alcançada por meio de um intercâmbio argumentativo e cooperativo, pelo qual se dá um amplo debate das questões fáticas e jurídicas. Ao final do processo, cabe ao julgador tomar uma decisão com base nas premissas apresentadas por cada uma das partes, chegando a uma conclusão materializada na decisão final de mérito. Essa abordagem discursiva e cooperativa do processo está em consonância com as exigências do Estado Democrático de Direito, no qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas em uma legitimidade que surge a partir da participação integral de todos os interessados nos procedimentos deliberativos (GÓES, 2013, p. 217-220).

Os destinatários da decisão têm a oportunidade de contribuir discursivamente, de maneira cooperativa, com sua visão sobre o assunto, o que se torna ainda mais relevante em demandas coletivas, ações de controle de constitucionalidade ou casos difíceis. Somente dessa forma é possível alcançar, para os membros da comunidade de trabalho, uma decisão correta, consistente e procedimentalmente adequada, conforme preconizado pelo paradigma de Habermas.

A formulação de uma jurisdição procedimentalmente democrática exige uma revisão na forma de fundamentar as decisões, que não podem mais ser vistas como uma estrutura silogística que liga a conclusão contida no dispositivo à sua fundamentação. Nesse sentido, a jurisdição precisa tanto ser convencida pela comunidade de trabalho quanto convencer os jurisdicionados e os cidadãos em geral. A fundamentação decisória permite que a discussão argumentativa desenvolvida ao longo do processo seja concretizada pragmaticamente na realidade fática (GÓES, 2013, p. 251).

A racionalidade da decisão está intrinsecamente ligada aos fundamentos apresentados pela comunidade de trabalho, o que permite controlar as decisões dos órgãos jurisdicionais e, em um primeiro nível, impedir arbitrariedades por meio dos recursos disponíveis. Dessa forma, a questão é devolvida ao tribunal para reavaliar os argumentos e as questões pertinentes ao caso concreto, seguindo as regras processuais e procedimentais aplicáveis. Assim, o dever de fundamentação é considerado uma garantia fundamental para o jurisdicionado e um direito fundamental do cidadão.

Retomando a ideia de que o devido processo é o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, o dever de justificar as decisões, no âmbito interno do processo, pode

ser considerado como um encargo argumentativo e ilocucionário do magistrado, que precisa convencer a comunidade de trabalho sobre o resultado alcançado por meio da busca cooperativa pela decisão. Através da fundamentação, os participantes do processo terão a oportunidade de confrontar os atos ilocucionários, que realizaram ao longo do processo judicial, com o desfecho decisório. Daí a fundamentação das decisões ser retradada, pela Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão.

O debate acima está alinhado à dupla dimensão da fundamentação das decisões, uma de natureza interna ao processo e outra de natureza externa. A primeira visa convencer as partes envolvidas no litígio, enquanto a segunda se destina a toda a sociedade. Com efeito, o julgador terá que persuadir tanto a comunidade de trabalho quanto os membros da sociedade civil sobre a decisão proferida, especialmente considerando que essa decisão pode servir como precedente em casos futuros. Essa percepção permite encerrar a presente seção e ingressar na subsequente, na qual serão estudadas as consequências da reconstrução aqui desenvolvida.

5 AS CONSEQUÊNCIAS EMANCIPATÓRIAS PARA UMA APLICAÇÃO DEMOCRÁTICA E PROCEDIMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

As consequências emancipatórias da reconstrução do devido processual legal e da cooperação processual – pensada como instrumento de concretização do devido processo legal que, de seu turno, fornece o pressuposto pragmático da argumentação jurídica – podem ser pensadas em duas categorias: endoprocessuais e exoprocessuais. Esses dois itens são trabalhados a partir da argumentação jurídica e da fundamentação, de modo que o primeiro é direcionado às partes litigantes, ao passo que o segundo se projeta para fora do processo, sendo direcionado para a sociedade civil (PEREIRA, 2018, p. 168-169).

Na perspectiva endoprocessual, a decisão judicial deve ser um texto construído pelas diferentes vozes dos envolvidos no processo e deve fazer referência aos argumentos apresentados ao longo do processo. Isso busca garantir a legitimidade do processo cooperativo, conforme proposto por Habermas. A polifonia, ou seja, a presença de múltiplas vozes, é especialmente importante em processos coletivos, nos quais a sociedade civil participa como *amicus curiae*. Nesses casos, as decisões obtêm sua legitimidade a partir da consideração de todos os argumentos trazidos pelos *amicii curiae*, cujas vozes devem ser incorporada à decisão. Além de viabilizar a deliberação interna da decisão, esse mecanismo permite considerar os efeitos da deliberação externa, isto é, a cooperação processual além dos limites do processo.

Em resumo, a decisão judicial, enquanto discurso polifônico, deve incluir as vozes de todos os envolvidos no processo, considerando a consciência de cada um e respeitando todos os argumentos apresentados. Embora o juiz seja o responsável final, sua conclusão deve enfrentar todas essas vozes e identificar o melhor argumento, justificando a base da decisão. Dessa forma, encerra-se o processo de convencimento endoprocessual da jurisdição, respeitando a liberdade e a igualdade comunicativas exigidas pelo devido processo legal.

Já os desdobramentos exoprocessuais são dois, o primeiro corresponde aos ganhos, para o direito, dos precedentes judiciais construídos comunicativamente e o segundo diz respeito ao controle social da decisão judicial, considerando a *accountability* da decisão. A primeira parte dessa análise envolve a sistemática de precedentes judiciais decorrentes do Código de Processo Civil de 2015, ainda que o legislador confundido os termos precedente, súmula e jurisprudência³⁸. De outro giro, a segunda parte envolverá o controle das figuras de perversão do direito e a crítica da sociedade civil às decisões judiciais.

A relação entre a argumentação jurídica e a formação do precedente judicial contribui para fortalecer sua legitimidade. Inicialmente, os precedentes são seguidos por terem sido estabelecidos por uma fonte específica, independentemente do mérito de sua argumentação, que pode variar entre argumentos sólidos e fundamentados ou argumentos frágeis. No direito brasileiro, o cumprimento dos precedentes é determinado pela legislação, seguindo a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil. Isso difere do uso de precedentes no sistema jurídico dos Estados Unidos, onde sua formação e utilização são baseadas na resolução de casos e possuem um peso persuasivo que pode influenciar os juízes em decisões futuras (VIANA; NUNES, 2018, p. 161-172).

O uso de precedentes requer que o ônus argumentativo que recai sobre o juiz – assim como aquele que é depositado nos ombros de Hércules – seja mitigado, logo, a tese jurídica a ser construída deverá ser fundamentada com a participação dos sujeitos processuais e destinatários da decisão (VIANA; NUNES, 2018, p. 357-359). A via discursiva aproxima o precedente produzido, em termos de legitimidade, às normas emanadas do poder legislativo, o que se torna ainda mais importante quando se está diante de um caso difícil que requer a construção jurisdicional da norma aplicável (GÓES, 2013, p. 252-253).

³⁸ O precedente surge da interpretação normativa do sistema jurídico em um caso específico. Por outro lado, a jurisprudência é composta por decisões repetidas de um tribunal, que estabelecem critérios de julgamento para a corte. Por fim, as súmulas são resumos de uma série de decisões que formam a jurisprudência, consolidando precedentes com o mesmo entendimento (PEREIRA, 2016, p. 688-669).

A noção de precedentes construídos dialogicamente contribui para dar uma nova dimensão ao princípio da colegialidade, de modo que se pressupõe, também, uma cooperação entre os próprios julgadores do órgão colegiado, que necessitam debater a tese deliberada. A ideia aqui é superar o agir estratégico que reside na chamada pseudocolegialidade, que consiste na adoção integral do voto monocrático, sem qualquer debate ou questionamento (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 690). De outro giro, a reconstrução da cooperação processual também fornece subsídios para tratar da racionalidade coletiva dos julgamentos colegiados, mormente a problemática em como decidir, adequadamente, o processo quando há mais de um julgador³⁹.

A cooperação processual entre os julgadores de órgão colegiado, com o processo, se dará no campo da deliberação interna⁴⁰, necessária para que haja a construção de uma decisão correta e consistente. É necessário um consenso primário sobre as questões fáticas e jurídicas, trazidas pela comunidade de trabalho processual, de modo a formar o consenso a respeito das premissas que serão adotadas – aplica-se aqui, de forma analógica, a sistemática do saneamento compartilhado. Pensando nessa regra de argumentação, a decisão será construída a partir do consenso primário, com nova deliberação e votação sobre os resultados possíveis do julgamento, ante as premissas adotadas, o que permite a otimização do direito e a construção de precedentes verdadeiramente democráticos.

Na prática, será exigida uma mudança do modelo decisório, deslocando o formato *seriatim*, aplicado no Brasil, para o formato *per curiam*. No modelo de votação *seriatim*, cada um dos julgadores oferece uma decisão, independentemente de comunicação com os pares – *seriatim* puro – ou mediante uma deliberação incipiente – *seriatim* deliberativo. Já no modelo *per curiam*, a tese jurídica é proferida pelo próprio tribunal, seja sem a presença de votos dissidentes ou deliberação interna – *per curiam* não-deliberativo – ou com possibilidade de ampla deliberação e publicação das dissidências – *per curiam* deliberativo (MENDES, 2013, p. 112-113). O modelo cooperativo proposto requer, portanto, a adoção de um modelo *per curiam* deliberativo pelos tribunais brasileiros.

³⁹ O problema de agregar diferentes julgamentos envolve a ordem de preferência de cada um dos julgadores, de modo que é preciso, para assegurar a legitimidade procedimental, que a decisão decorra do conjunto formado e não da preferência particular de um ou outro magistrado. Ademais, a própria concepção de maioria é problemática, eis que podem ocorrer tanto nas premissas individuais quanto nas conclusões do processo decisório, sendo impossível ocorrer, simultaneamente, em ambas situações (LIST; PETTIT, 2002, p. 92-104).

⁴⁰ A deliberação interna é aquela desenvolvida, argumentativamente, entre os membros de um mesmo grupo, que objetivam persuadir os demais sobre a decisão a ser tomada. Dessa forma, há oitiva de todos os membros, com oferta e enfretamento de argumentos sobre a solução da situação sob análise (VALE, 2013, p. 331).

Por fim, a última consequência da reconstrução empreitada na presente pesquisa está na análise da fundamentação da decisão pela sociedade civil, enquanto deliberação externa do tribunal. Esse *accountability*⁴¹ da decisão judicial, realizado pelas esferas públicas e pela dogmática jurídica, permite o combate de ações estratégicas, consubstanciadas nas figuras de perversão do direito. Com efeito, Habermas (2020, p. 648) prevê uma responsabilidade democrática para ações do poder estatal, remetendo, ainda que sem usar esse termo, ao que se entende por *accountability* – ou como responsabilidade democrática e imputabilidade institucional, nos dizeres do frankfurtiano⁴².

A transparência do poder judiciário está vinculada ao dever de fundamentação das decisões, pois é um mecanismo que permite combater a discricionariedade do julgador. A sociedade civil forma o auditório externo, que poderá promover a crítica da decisão a partir dos fundamentos apresentados, levando em conta, também, todo o procedimento empregado no âmbito processual (COHEN, 2015, p. 506-511). Na realidade, o *accountability* é uma exigência das democracias contemporâneas, pois o poder judiciário deve informar e convencer a opinião pública (SHETREET; TURENNE, 2013, p. 9-14; GÓES, 2013, p. 275). Essas exigências, no direito brasileiro, podem ser satisfeitas se a cooperação processual for devidamente respeitada e levada a sério pelos tribunais⁴³.

No campo da dogmática jurídica, a análise de decisões judiciais, através da pesquisa empírica, pode ser um mecanismo para combater as chamadas figuras de perversão do direito, como explica José Rodrigo Rodriguez⁴⁴. Essas figuras envolvem o uso patológico do direito

⁴¹ Não existe, no vernáculo português, uma palavra ou expressão que traduza a expressão *accountability*, sendo “prestação de contas” a mais aproximada.

⁴² Com efeito, Habermas (2002, p. 354) sustenta que quanto mais o poder judiciário reciclar o direito, mais deverá se justificar perante a opinião pública formada tanto por especialistas quanto pela sociedade civil. Ademais, a ideia de responsabilização e imputação também se faz presente, na teoria de Habermas (2001, p. 101-104), no eixo discursivo, consoante a ética do discurso exigir a mútua transparência dos atores, no afã de verificar a validade do que é proferido. Desta feita, como se trabalha a ideia do processo judicial comunicativo, essa exigência de transparência pode ser cobrada de toda a comunidade de trabalho, inclusive do próprio poder judiciário, até porque a transparência, na conversão do poder comunicativo em administrativo, se faz necessária para concretizar o ideal emancipatório (REPA, 2021, p. 205-210). Para o judiciário, isso significa, como explica Habermas (2003, p. 153), uma espécie de assédio discursivo, a ser feito por uma opinião pública provocativa, pela interlocução das cortes com o espaço público.

⁴³ A mitigação do ônus argumentativo no processo comunicativo, a partir da cooperação processual, pode ser complementada pelo uso do *amicus curiae*, permitindo a intervenção de setores da sociedade afetados pela decisão. Além disso, a ideia de *accountability* é reforçada ao justificar as decisões judiciais, especialmente em demandas coletivas, controle de constitucionalidade abstrato, julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores e incidentes de demandas repetitivas ou assunção de competência. Isso implica dizer que o juiz deve cooperar não apenas com as partes ou com o processo, mas também com a sociedade civil (PEREIRA, 2018, p. 122-124).

⁴⁴ Apesar de não ser habermasiano, Rodriguez (2016, p. 101-103) emprega como base a teoria de Franz Neumann, que é um jurista alemão vinculado à Teoria Crítica, para debater a justificativa racional das decisões tomadas pelo poder estatal, considerando a legitimidade a partir da vinculação, do que é decidido, com as necessidades de todos os cidadãos. Rodriguez (2019, p. 212-214) identifica três formas de perversão do direito, as quais denomina de fuga do direito, de falsa legalidade e de zona de autarquia. A primeira perversão visa neutralizar o poder social ao

para produção e execução de normas ilegítimas e arbitrárias, as quais se afastam da soberania popular e se aproximam do querer de grupos de interesse (RODRIGUEZ, 2019, p. 212).

Trazendo para uma visão habermasiana, as figuras de perversão do direito surgem quando o sistema de poder e dinheiro contamina o direito, buscando restringir as potenciais oportunidades emancipatórias que surgem da ação comunicativa. Quando grupos de interesse subvertem a ordem jurídica para satisfazer suas próprias vontades, o direito perde sua natureza democrática e se torna um mero instrumento que perpetua uma irracionalidade autoritária.

O *accountability* da decisão judicial serve de fomento à pesquisa empírica do direito, que, ao observar na prática a aplicação dos institutos jurídicos, tem o condão de identificar e neutralizar as figuras de perversão, a partir de uma análise crítica, que denuncia a ocorrência de tais práticas e oferece soluções emancipatórias (RODRIGUEZ, 2012, p. 75-78). Trata-se de gerar um constrangimento para aqueles que agem estrategicamente, pois interesses que não podem ser defendidos publicamente não podem ser justificados, de modo que devem ser testados ética e moralmente pelas esferas públicas (REPA, 2021, p. 223).

Assim, o controle das figuras de perversão do direito é fundamental para identificar e neutralizar ações estratégicas que ameaçam a ordem democrática, sendo realizado por meio da transparência nas decisões judiciais, a qual é expressa na ideia de *accountability*. Além disso, é importante quando decisões corretas e coerentes são criticadas por grupos de interesse que buscam subverter ou enganar o espaço público. Daí encarar a cooperação processual, por todas as suas consequências, como um instrumento capaz de atender às necessidades de legitimidade no sistema jurídico e na sociedade civil.

6 CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo promover a reconstrução do devido processo legal considerando a teoria do agir comunicativa de Jürgen Habermas e a inserção de um paradigma processual a partir do Código de Processo Civil de 2015. Ao longo do trabalho, foi verificado que a legislação processual vigente cumpre os requisitos, trazidos por Habermas, para a produção de decisões corretas e consistentes, o que exige um procedimento argumentativo e regulamentado. Essa concretização se dá, no prisma constitucional, por intermédio do devido

conter os avanços de pautas de interesse alheias ao poder dominante. A segunda perversão envolve a criação de normas aparentemente legais, mas que geram discriminação de um grupo, tido por perigoso. Por fim, a terceira perversão trata da aplicação do direito de forma arbitrária pelo poder público.

processo legal e, na seara infraconstitucional, pela cooperação processual e os institutos dela decorrentes.

Ademais, verificou-se, consoante já afirmado pela Escola Mineira de Processo, que há uma aproximação entre o paradigma procedimental habermasiano, o modelo de Estado de Direito Democrático da Constituição Federal e a opção de uma terceira via, pela legislação processual, com a cooperação processual. Com isso, identificou-se que o devido processo legal é o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, que rege a condução do processo judicial, o que é concretizado pela cooperação processual e pelos institutos dela decorrentes. É a partir desse grau zero de consenso, contido nas regras processuais, que a argumentação é desenvolvida, cooperativamente, nos discursos jurídicos.

Ressalta-se que a cooperação é entendida como um dever da comunidade de trabalho com o processo, de modo que são rechaçadas tentativas de eticização processual ou romantizações quanto a uma obrigatoriedade das partes agirem comunicativamente entre si. Como consequências da reconstrução realizada, foi possível perceber três potenciais emancipatórios, que estão associados à cooperação processual e ao devido processo legal, um de ordem endoprocessual, com efeitos no próprio processo, e dois de ordem exoprocessual, com efeitos para além do processo.

A consequência endoprocessual é a decisão ser construída a partir da polifonia, com a soma de todas as vozes dos destinatários do processo que participaram de sua elaboração, o que pode ser verificado através da fundamentação empregada. Obrigatoriamente, deverá o julgador trazer todas essas vozes e o que elas veicularam e enfrentar cada um dos argumentos deduzidos. Dessa maneira, é assegurada a legitimidade democrática da decisão judicial, abrindo alas para discutir a dimensão argumentativa do acesso à justiça.

De ordem exoprocessual, foram abordadas duas questões, a primeira diz respeito à construção comunicativa e dialógica dos precedentes judiciais, o que permite otimizar o direito vigente. Para efetivação do que foi proposto, verificou-se que é necessária a formação de uma regra de argumentação para sanar os problemas da racionalidade coletiva, acabando por resolver, em via transversa, a questão da pseudocolegialidade. Ademais, o paradigma procedimental requer uma mudança da sistemática decisória dos órgãos colegiados, substituindo o modelo *seriatim* puro adotado no Brasil pelo *per curiam* deliberativo. A segunda consequência envolve o *accountability* da decisão, pela sociedade civil, enquanto auditório universal e pela dogmática jurídica, enquanto esfera pública especializada, apta ao controle das figuras de perversão do direito, a partir da pesquisa empírica.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. *In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional***. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas***. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-172.
- BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março 2015: Institui o Código de Processo Civil.
- CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In: **Anais do 9º Colóquio Habermas***, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 335-350.
- COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Cooperação processual não é “companherismo processual”. *In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 225-236.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteben Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 155-166.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 36-54.

GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January, 2011, p. 407-429.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. Discurso de agradecimento. *In*: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos**: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 329-339.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Justification and application**: remarks on discourse ethics. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: MIT, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **On the pragmatics of social interaction**: preliminary studies in the theory of communicative action. Trad. Barbara Fultner. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2001.

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

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

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2014.

LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 475-496.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford Univeristy, 2013.

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

NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. In: NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papyrus, 2012. p. 13-42.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

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

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. A cooperação processual e o paradigma procedimental da argumentação jurídica no código de processo civil. **Revista FIDES**, v. 12, n. 1, p. 528-547, jan./jul. 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-17, abr./jun. 2019.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; OLIVEIRA, Lívio Alves Araújo de; GÓES, Ricardo Tinoco de. A manifestação das esferas públicas como direito fundamental de *status activus processualis* através das audiências públicas. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 16, p. 1-17, maio/ago. 2022.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. A fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel. (Orgs). **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 663 - 680.

RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/2015. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: procedimento comum. Volume II. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 283-298.

REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas**: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica. São Paulo: Singular, 2008.

REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021.

REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 161-182.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. *In*: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 75-88

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, n. 19, v. 37, 99-124, 2016.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411-450.

SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on trial: the independence and accountability of the english judiciary**. 2. ed. Cambridge: Cambridge Univeristy, 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 329-348.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Submissão: 21/09/2023. Aprovação: 11/12/2023.