

DIREITO PROCESSUAL SOCIAL OU DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS? UM DIÁLOGO ENTRE CARÚS GUEDES, RONALD DWORKIN E FRANÇOIS RIGAUX.

Thiago Aguiar de Pádua

Advogado. Pós-Doutoramento em Direito (UnB). Doutor em Direito. Master in Giustizia Costituzionali e Diritti Umani pela Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna; Alma Mater Studiorum. Professor Convidado do Doutorado da Disciplina “Literatura & Direito” no Instituto de Letras da UnB - Universidade de Brasília. Foi professor voluntário da Faculdade de Direito da UnB - Universidade de Brasília. Membro da ABPC - Associação Brasileira de Processo Civil. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas - ABCD. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC. Foi assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Resumo: O presente artigo aborda o tema dos “direitos processuais” desde a única vez em que Ronald Dworkin tratou propriamente do tema processo/procedimento, submetendo suas reflexões a um diálogo com o pensamento de François Rigaux e Jefferson Carús Guedes, na perspectiva não apenas taxonômica sobre a existência de um direito processual social ou de um direito processual de grupos sociais, tendo por objeto de reflexão as premissas e conclusões dos autores em diálogo, objetivando aproximar suas ideias de uma possibilidade dialética de reflexão sobre a filosofia do processo, e, se por um lado um dos autores (Rigaux) se relaciona a uma tradição do direito legislado, o outro (Dworkin) está inserido no contexto filosófico do direito comum, criado pelos juízes desde o ideário do precedente, e o terceiro (Carús Guedes) num modelo misto, se com isso compreendermos a história das ideias no século XIX e sua influência aos dias atuais, sendo possível articulação mínima das premissas possíveis, preservadas, a todo momento as fronteiras metodológicas existentes entre tradições herdeiras de matrizes distintas; como metodologia, percorreu-se a senda da revisão bibliográfica, com recurso ao estilo ensaístico desde os marcos da dialética, obtendo como resultados e conclusões a possibilidade de diálogo inicial entre Jefferson Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux sobre temas de direito processual, bem entendido, especulações teórico-filosóficas e taxonômicas do processo, sugerindo-se futuras abordagens em continuação.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; François Rigaux; Carús Guedes; Direitos Processuais; Direito Processual Social;

Introdução

Conta-se que dormia inserida na alta habitação, local sagrado para certas culturas, uma imagem de Buda, quando Berthold Brecht – se deparando com ela – decide refletir profundamente, para depois falar a partir de imagens poderosas, criando a poética parábola do Buda sobre a casa em chamas (Brecht, 1999, p. 84), num poema que escreveu durante seu exílio (1833-1947). Em uma das versões, haviam redarguido a Brecht sobre o fato de que ele trazia demasiadas críticas, acusado de querer destruir modelos, sempre confrontado com questionamentos: “Mas e o que surgirá depois?”, insistiam os conformistas, sentados pacientemente no lombo de seus confortáveis momentos presentes.

Surge, então, o trecho do poema de Brecht sobre a casa em chamas, quando Buda, ensinando a seus discípulos a doutrina da “Roda dos Desejos”, os havia aconselhado a se libertarem de todos os desejos, para alcançarem um estado profundo de “nada”, não mais apaixonado, que ele denominou de Nirvana, mas foi confrontado por algumas perguntas de certos seguidores que pareciam não fazer muito sentido, tendo apenas respondido: “Não há resposta para sua pergunta”, mas posteriormente, naquela mesma noite, debaixo da árvore de fruta-pão, dirige-se aos discípulos que não haviam perguntado, contando-lhes a parábola da casa em chamas.

Segundo a referida parábola, Buda teria presenciado uma casa pegando fogo. Gritou de fora, avisando. Havia gente no interior da casa. “Alguém gritou lá de dentro: - como está o tempo aí fora? Chovendo? Ventando?”. Com isso, Buda se afastou! Não respondeu, mencionando: “Estes, pensei, mesmo carbonizados continuarão a fazer perguntas. Na verdade, amigos, a quem o chão que pisa, a planta dos pés não queime tanto que sinta desejos de mudar para outro, a esses nada tenho a dizer”¹.

¹ Nesta época, enxergamos a fértil amizade e influência mútua entre Bertold Brecht e Walter Benjamin, fazendo recordar o curioso episódio em que, numa certa noite, estavam Brecht e amigos reunidos, Grete Steffin, Karl Korsch, Andersen Nexø, Karin Michaelis, Walter Benjamin e Hanns Eisler, quando este

Não é o caso de Carús Guedes, Dworkin e Rigaux, que sentiram o chão ardendo, perceberam problemas processuais de igualdade jurídica, dizendo sobre um certo incêndio em suas realidades, propondo perguntas e respostas adequadas em suas obras ora abordadas, que muito tem a nos dizer sobre o princípio constitucional da igualdade no âmbito processual.

Diferentemente do que o título poderia sugerir, falar sobre “direitos processuais” (procedimentais, como será visto²) comporta variados sentidos e possibilidades, desde as reflexões que podem desaguar nas paragens dos “negócios jurídicos processuais” (Cabral, 2023, p. 68; Didier Jr., 2015. p. 381; Wambier, 2016. p. 397; Marinoni, 2015, p. 244), ou nas premissas mais filosóficas que renderiam o peculiar debate, artificialmente urdido, entre Carús Guedes, François Rigaux e Ronald Dworkin sobre a concepção das premissas mesmas inerentes ao suposto direito de apuração dos fatos com precisão (a maior precisão possível), resvalando nos pressupostos de um direito a produzir a melhor versão para os

último, ao piano, tocava a canção “Song of the Reviving Effect of Money”, e, chegando ao verso “Olha, a chaminé está fumegando”, ocorreu de uma das lamparinas à querosene cair no pequeno pátio, onde havia pilhas de jornais que imediatamente pegou fogo. As memórias de Louise Eisler-Fischer (Lou), esposa Hanns Eisler, descrevem a cena: “Benjamin, o primeiro a sair, gritou aterrorizado: ‘O telhado de palha já pegou fogo, a chaminé está soltando fumaça! Saímos correndo; as chamas foram rapidamente extintas, mas a chaminé realmente fumegava”. Cfr. Wizisla, 2009, p. 56.

² Não é a pretensão deste ensaio realizar uma distinção (histórica, doutrinária e/ou de debates específicos) entre processo e procedimento, sugerindo-se o verbete “Processo e procedimento: distinção” (em Procedimento), da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, que indica alguns caminhos e muitas sugestões de outras tantas leituras necessárias. A propósito: “Processo – cuja noção é eminentemente teleológica, finalística, voltada para o resultado almejado – é entidade complexa composta pelo conjunto de todos os atos necessários para a obtenção de uma providência jurisdicional num determinado caso concreto, podendo ele conter um ou mais procedimentos (procedimento recursal), ou, inclusive, apenas um procedimento incompleto (indeferimento da petição inicial). O processo é o veículo/instrumento pelo qual o Estado-Juiz, ou quem lhe faça às vezes, exerce a jurisdição (dever-poder de dizer o direito de forma definitiva), o autor o direito de ação e o réu o direito de defesa (contraditório). Não interessa para o estudo do processo se o autor tenha ou não ação, ou se, tendo ação, tenha acolhido ou não o seu pedido (pretensão). O processo é indiferente, apenas neste sentido, ao seu conteúdo, pois que a sua natureza instrumental simplesmente conduz o direito de ação reclamado até uma resposta do órgão jurisdicional, que pode ser positiva, caso em que se aprecia o mérito do pedido (procedência ou improcedência), ou negativa, casos em que o feito é extinto sem julgamento do mérito (art. 485 do CPC/2015). Já o procedimento é a faceta dinâmica do processo, é o modo pelo qual os diversos atos processuais se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo (seu movimento), pouco importando a marcha que tome para atingir seu objetivo final, que pode ser uma sentença de mérito ou terminativa, a apuração do quantum debeat (liquidação de sentença), a satisfação do direito (processo de execução) ou a obtenção de uma garantia (tutelas de urgência). No procedimento é que são fixadas as regras (prazos, modo etc.) para que as partes, o juiz e os auxiliares da justiça pratiquem os atos processuais tendentes a conduzir cada tipo de processo do começo ao fim”. Cfr. Gajardoni, 2017.

atos como um direito, estritamente considerado, desafiando a adaptabilidade do procedimento e buscando reequilibrar a igualdade de grupos sociais em desvantagem.

Já sabemos, portanto, que a trilha percorrida será a reflexão entre os pensamentos de Jefferson Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux, e não a discussão inerente a diversos temas que poderiam ensejar outras tantas férteis e fecundas abordagens jurídico-processuais, mesmo as que se encontram na antessala do direito fático-probatório ou dos negócios processuais.

Como apontado por Hamish Stewart (2016, p. 373–390), a única incursão de Ronald Dworkin sobre o direito processual (procedimental), num ensaio propriamente dito, ocorreu no texto “*Principle, Policy, Procedure*”, publicado em “*A Matter of Principle*”, traduzido como “Uma Questão de Princípio” (1985, p. 72; 2000, p. 105).

Neste ensaio singular, Dworkin considerou a questão de saber se os direitos processuais das partes litigantes poderiam ser chamados de “direitos” em sentido estrito. Ou seja, na arguta percepção de Stewart, saber se os direitos processuais de uma parte seriam “trunfos” que “derrotariam as reivindicações processuais e substantivas de uma parte contrária”, mesmo que (e apesar disso) o interesse público geral seja promovido através do reconhecimento de tais reivindicações.

Tal indagação teria chamado a atenção de Dworkin, pois a dificuldade em compreender os direitos processuais como direitos, naquele sentido, deriva do seguinte ponto central: “o direito processual muitas vezes parece motivado por algum tipo de vontade de comprometer a apuração precisa dos fatos no interesse do bem-estar geral”, ou, em outras palavras: “O sistema jurídico limitaria a quantidade de recursos sociais dedicados à determinação dos factos de uma forma que seria claramente inconsistente com a afirmação de que as partes têm o direito, no sentido de superar outros valores sociais, ao mais alto grau de precisão na apuração dos fatos” (Stewart, 2016, p. 373).

Em uma linha que busca aderência às reflexões desde a chamada filosofia do processo, poderíamos chamar ao centro destas meditações o professor Jefferson Carús Guedes, alguém que, seguindo os passos de um trabalho anterior de quase 20 anos atrás (Guedes, 2006, p. 67-81) foi provocado a imaginar, posteriormente (Guedes, 2016, p. 115-139), uma confrontação entre ativismo processual versus garantismo processual, idealizando rica reflexão sobre a adaptabilidade do procedimento, quando mencionou um “direito processual de grupos sociais”, cujo título original seria, segundo a nota n. 1,

“Ainda e muito ‘a favor’ do Direito Processual Social ou ‘contra’ o garantismo processual universal”, com a observação subsequente: “Melhor será posicionar o Direito Processual de Grupos Sociais entre o Ativismo e o Garantismo, em homenagem à trova quinhentista portuguesa de Francisco Sá de Miranda: “Pouco por força podemos,/ isso que é, por saber veio,/ todo o mal jaz nos extremos,/ o bem todo jaz no meio”.

No que importa para os fins do presente diálogo, Carús Guedes seguiu afirmando: “o Direito Processual Social pode conter microssistemas associados ao conteúdo material da pretensão veiculada pela ação” (Guedes, 2006, p. 67-81) de modo a “repor o debate sobre certas áreas do processo civil que podem ou devem merecer tratamento diferenciado das regras processuais e, de modo geral, apenas, como um reflexo de diferenciações originadas do direito material” (Guedes, 2016, p. 115 e ss).

Assim propondo, Carús Guedes primeiro estabeleceu premissas reflexivas com alguma pretensão não meramente taxonômica, já em 2006, vincando primeiras linhas sobre um “Direito Processual Social”, com uma evolução reflexiva em 2013, dita “em posição intercalar, entre as duas ‘alternativas’ oferecidas em livro do qual participou (Didier Jr., et al., 2013), culminando com a versão reflexiva de 2015 e 2016, com um “Direito Processual de Grupos Sociais”, em apertada síntese, fiando-se na premissa mais clara de sua profissão de fé processual, nas palavras do próprio autor: “Pensar-se em regras universais não faz mais muito sentido no Brasil, hoje, quando se quer um processo cada vez mais ‘customizado’ ou adequado à tutela desejada pela parte”, menos como privilégio e mais como direito à compensação de uma desigualdade social.

Um pouco na linha também propugnada pelo jusfilósofo Willis Santiago Guerra Filho, quando exemplarmente tratou do tema da isonomia e do privilégio, em sua obra “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”, observando a existência de incompatibilidade entre isonomia e a concessão de privilégios, de modo que o sentido primário do princípio seria negativo, consubstanciado na vedação de privilégios e discriminações, vale dizer, considerando-se privilégios como “situações de vantagem não fundada, e discriminação, por seu turno, como situações de desvantagem”, e alguns privilégios processuais, como certo tratamento infundado conferido à Fazenda Pública, por exemplo, seriam intoleráveis, (Guerra Filho, 1993; Guerra Filho, 2005, p. 186-188), e no mesmo sentido, dizemos nós, baseados no diálogo Carús Guedes, Dworkin e Rigaux,

para certos grupos sociais haveria a necessidade de fornecer um tratamento processualmente privilegiado.

Como uma espécie de intermediador do diálogo, o ensaio de François Rigaux “Exposição recíproca dos fatos e do direito”, inserido no livro “A lei dos juízes”, nos informa sua premissa mais fecunda, ou ao menos uma das mais fecundas, no sentido de que “dentre os maiores problemas de toda teoria jurídica, a aplicação do direito a uma relação de vida ou a uma situação de fato é o mais suscetível de levar a um conhecimento do que é o direito” (Rigaux, 2000, p. 45), ou seja, enquanto Dworkin problematiza a existência de direitos processuais desde um embate entre aspectos gerais e individuais, Carús Guedes avança não apenas uma tal possibilidade, mas estabelece uma ponte entre o geral e o específico, na esperança de uma “customização do procedimento”, ao passo que Rigaux aponta o dedo indicador para um imaginado momento em que fatos e direito (quase) se encontram, quase como um eclipse, como se dissesse, ao enxergar um “portal”: estamos aqui! E, olhando para os dois jusfilósofos anteriores, os desafia para o início de um diálogo imaginário.

1. Carús Guedes

Jefferson Carús Guedes (1961) é Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001), com dissertação sobre o Princípio da Oralidade, orientado em ambos os níveis pelo professor José Manoel de Arruda Alvim Netto, Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996), quando foi orientado por Ovídio A. Baptista da Silva, e graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha/URCAMP - Bagé-RS (1993), tendo sido advogado da União, quando exerceu o cargo de Procurador-Geral da União, posteriormente nomeado para o cargo de vice-presidente Jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. É advogado, professor e parecerista em Brasília, nos dias que correm.

Sua obra abarca inúmeros pontos do direito processual civil, e, no aspecto inerente ao nosso pretendido diálogo, nos remete a quatro momentos acadêmicos: 2006, 2013, 2015 e 2016, num pensamento vivo que parece se encontrar em permanente

evolução, propondo classificar e, enquanto realiza a tarefa, o faz filosofando sobre igualdade processual, em termos ora mais claros, ora um pouco (propositalmente) elusivos, mas sempre lidando com o complexo tema da (des) igualdade.

Em suas “primeiras linhas”, na busca por uma proposição teórica sobre o “direito processual social”, registra a necessidade de cautela com a importação de ideias e classificações técnico-processuais, devido aos riscos e possibilidades de incongruências, sendo impelido a observar, de saída, que não haveria no Brasil de então (2006), seja em termos de extensão e profundidade, “um dito Sistema ou Direito Processual Social”, confessando influência mexicana desde os trabalhos do professor José Ovalle Favela, quem havia acolhido, dentro dessa área do processo, “o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e o Direito Processual da Seguridade Social” (Ovalle Favela, 2005)³.

Bem entendido, Ovalle Favela inspira-se em Eduardo Couture para afirmar que o direito processual social seria regido por um princípio processual fundamental, chamado de “igualdade por compensação”⁴, conforme sua indispensável citação, aliás, com a mesma advertência lá referida: não obstante o processualista uruguaio refira-se ao processo do trabalho, disse: “suas palavras e suas ideias são válidas para todo o direito processual social”. Vejamos:

“Um novo direito processual, estranho a todos os princípios tradicionais, sem excetuar nenhum deles, surge para estabelecer, mediante uma nova desigualdade, a igualdade

³ Conveniente a citação do seguinte fragmento, para evitarmos confusão: “Há sim referências esparsas e remotas, relacionadas especialmente ao Direito Processual do Trabalho, como direito instrumental ao Direito do Trabalho, também denominado Direito Social. Essas referências específicas ao Direito Social são encontráveis no período histórico da elaboração dos direitos trabalhistas, sofrendo visível restrição contextual, e pelas mesmas razões, findando por se diferenciar do que se pretende expor neste estudo. O professor Cesarino Junior, desde a década de 1940, com o magistério e as sucessivas edições da obra Direito Social brasileiro, estabeleceu conceito de Direito Social, definindo-a como a área na qual estavam inseridos o Direito Coletivo Social, o Direito Previdencial e o Direito Social Individual, este subdividido em Direito do Trabalho e Direito Assistencial. Por conseguinte, poder-se-ia, dessa classificação, extrair as correspondentes áreas processuais, na medida em que se fossem formando”. Cfr. Guedes, 2006, p. 2

⁴ A rigor, observamos que não obstante a ideia processual de “igualdade por compensação” remonte a Eduardo Couture, foi Héctor-Fix Zamudio quem a utilizou como paradigma classificatório em 3 grandes setores: a) o direito processual dispositivo; b) o direito processual social (orientado pelo princípio de justiça social – ou de “igualdade por compensação”), e, c) direito processual inquisitório ou publicístico. Cfr. Fix-Zamudio; Ovalle Favela, 1991, p. 1204.

perdida por causa da distinta condição que possuem em razão da ordem econômica da vida, aqueles que possuem seu trabalho como substância do contrato, e os que se servem dele para a satisfação de seus interesses” (Couture, 1978, p. 288; Ovalle Favela, 2005, p. 62).

Não podemos esquecer, a propósito, em nosso próprio modelo, o vanguardismo das ideias de Willis Santiago Guerra Filho, no sentido de que haveria inegável proximidade entre o processo constitucional e a teoria geral do processo, segundo o autor, inclusive, está última (TGP) poderia ser absorvida, em grande parte, pelo processo constitucional “uma vez estabelecido didática e epistemologicamente”, e seriam temas típicos do processo constitucional, pois, “a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência, etc.”, também relacionados a alguns dos temas que tutelam a denominada “ordem jurídica subjetiva”, ou nas próprias palavras do autor “em face do princípio constitucional da igualdade, o que envolve o equilíbrio entre sujeitos processuais e, logo, um problema atinente à ordem jurídica subjetiva em sua dimensão processo-constitucional” (Guerra Filho, 1993; Guerra Filho, 2005, p. 6-7).

Com isso, percebe-se que Carús Guedes busca, num primeiro momento, “a ampliação dessa tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual”, caminhando em direção a uma proposta de “critérios novos de classificação, bem como a validade e utilidades dessas novas classes de direitos processuais”, diante da rápida evolução social brasileira, seja pelos indicadores demográficos, os dados econômicos, os aspectos sociais, assim como as mudanças políticas acontecidas”, e, assim sendo, direito e o processo (direito material e direito processual) não possuiriam condições de permanecerem infensos (ou imunes) a tais mudanças, apontando diversos estágios evolutivos no direito processual brasileiro (Guedes, 2006, p. 3).

Em auxílio ao desenho jurídico de sua proposição teórica, cita vasta gama de leis processuais, ditas “desmistificadoras de alguns dogmas construídos ou incorporados pelo direito processual civil” no país, citando como possível marco de mudanças o CPC de 1939: desde então “observou-se a incorporação de leis que podem ser apontadas como inversoras da visão individualista e liberal do processo”, como a Consolidação das Leis

do Trabalho (CLT), que teria introduzido diversas alterações (sucessivamente estendidas a outras áreas do processo), recorrendo-se a Alcides de Mendonça Lima para uma outra explicação (Lima, 1982)⁵ e, também a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para outra (Oliveira, 1992)⁶, seguido de inúmeros autores que identificaram uma “abertura para o social, como se poderá observar ao longo do século XX (Lacerda, 1961; Grinover, 1990; Arruda Alvim, 1991; Dinamarco, 1993; Moreira, 1997; Baptista da Silva, 2000; Wambier, 2001), na pletora legislativa⁷ que representa verdadeira “chuva de sapos” de um ciclo daquilo que a licença poética nos autorizaria a chamar de “modernismo processual”⁸.

Muito embora, de maneira distinta, seja “possível falar-se em Barroco Processual, Arcadismo Processual, Romantismo Processual, Naturalismo Processual, Parnasianismo Processual, Simbolismo Processual, Modernismo Processual e Pós-Modernismo Processual”, como mencionado por Fonseca Costa, em “Teoria processual como arte literária”, que conduz a sua conclusão de que “decididamente, ciência processual não é «licença poética», mas, por outro lado, uma ideia de “modernidade” também seria tributária de importantes reflexões realizadas pela professora Ada Pellegrini Grinover, expostas em: “Modernidade do direito processual brasileiro”, identificando ao menos três fases distintas⁹ (Fonseca Costa, 2024; Grinover, 1993).

⁵ Observa: “Essa observação não se opõe àquela que aponta as fragilidades técnico-doutrinárias da legislação processual trabalhista, especialmente aquelas relacionadas à linguagem e à necessidade da aplicação subsidiária do CPC, diante das omissões da CLT”, conforme Alcides de Mendonça Lima. Cfr. Guedes, 2006, p. 2.

⁶ Aduz: “esse rápido bosquejo da legislação processual especial que se formou em nosso país após 1964, de modo bastante significativo em sua grande parte baixada por decretos-lei, em confronto com as normas comuns do processo civil brasileiro, impõe meditação aprofundada. O seu exame evidencia de que forma os grupos que empolgam o Poder se apropriam de instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população.”, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Cfr. Guedes, 2006, p. 2.

⁷ Numerosa “chuva legislativa”, citada pelo autor: CPC de 1939; Dec. 7.661/1945; Lei nº 1.060/1950; Lei nº 1.533/1951; Lei nº 4.717/1965; Lei nº 5.478/1968; Dec-lei nº 911/1969; CPC de 1973; Lei nº 6.515/1977; Lei nº 6.830/1980; Lei nº 7.244/1984; Lei nº 8.884/1994; Lei nº 7.347/1985; Lei nº 8.884/1994; Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.069/1990; Lei nº 8.078/1990; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 9.099/1995; Lei nº 9.307/1996; Lei nº 9.507/1997; Lei nº 9.868/1999; Lei nº 9.882/1999; Lei nº 10.257/2001; Lei nº 10.259/2001; Lei nº 10.741/2003

⁸ Aqui a referência é ao poema “Os sapos”, de Manuel Bandeira, lidos por Ronald de Carvalho na Semana de Arte Moderna, de 1922.

⁹ Nas palavras da professora Ada: “Concluindo, pode-se dizer que o caminho do direito processual brasileiro moderno percorreu três fases distintas: a) a primeira, de índole técnico-científica que, num a visão interna do sistema, consolidou conceitualmente as categorias e os institutos do processo, estabelecendo rigorosamente os fundamentos do direito processual; b) a segunda, eminentemente crítica, que, passando pelos estudos constitucionais e pela edificação de um a teoria geral do processo, examina-o a partir de um

Considerando, pois, que “modernismo processual” é coisa distinta de “modernidade processual”, fiquemos com a ideia de Carús Guedes, e sua identificação com o aspecto histórico de percepção da alteração legal como abertura ao social.

O núcleo central de Carús Guedes, no ponto, é a ideia de uma (e não apenas “da”) “Teoria Geral do Processo” desde o ideário de Eduardo J. Couture (1976), quem “permite que se insista na possibilidade do estudo de uma ciência processual com núcleo comum, sem comprometimento com a existência ou não de uma teoria geral”, não obstante a existência de uma crítica corrosiva, inclusive alegação doutrinal, “que previa para cada ramo do processo uma própria teoria, em razão dos seus princípios individuais e de sua evolução específica”, o que não foi capaz de impedir o desenvolvimento de uma proposta de teoria geral, “amparado na busca de identidade de princípios gerais do processo e na indivisibilidade da jurisdição” (Guedes, 2006, p. 7), bem entendido, o élan de “ligação do processo com o direito”¹⁰.

O campo sobre o qual trabalha o processualista, nos dias atuais, lidaria com “fenômeno contemporâneo que deve ser observado, com a multiplicação das variantes processuais, identificadas com as ramificações do direito material e também uma expansão da quantidade de procedimentos especiais não codificados”, salientando-se a existência de normas e doutrina em “direito processual constitucional, direito processual tributário, direito processual das famílias, direito processual ambiental, direito processual eleitoral, direito processual administrativo, direito processual comercial (empresarial), e, por sua vez, haveria campo do processo para defesa de interesses individuais especiais (chamado direito processual social), em que poderiam ser apontados: direito processual do trabalho, direito processual imobiliário agrário e urbano, direito processual

ângulo externo, considerando-o em seus aspectos deontológicos e teleológicos, aferindo seus resultados junto aos consumidores de justiça; c) a terceira, em que o processualista torna a dirigir suas preocupações à técnica processual, utilizando-a para revisitar os institutos processuais, a fim de adequá-los à nova realidade, no esforço de edificar um sistema apto a atingir os escopos, não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição.” (Grinover, 1993, p. 296).

¹⁰ De fato, Carús Guedes menciona relevante passagem de Couture, adiante reproduzida sobre a ligação do processo com o direito: “pois “a ciência do processo não tem como objeto de conhecimento somente os atos processuais: as petições, as provas, as apelações, as execuções, as formas e os prazos. Essa concepção errônea fez o filósofo pensar que sobre essa base não se pode construir uma ciência de conhecimento do real com validade universal. A ciência do processo se assenta sobre substâncias menos frágeis. É provável que, mediante um esforço de abstração, seja possível assinalar algumas proposições sobre a própria essência do processo, não sobre a sua exterioridade. Essas proposições devem estabelecer a ligação do processo com o direito”. Cfr. Guedes, 2006, p. 7.

previdenciário e assistencial social, direito processual do consumidor, direito processual do nascituro, da criança e adolescente e dos jovens, direito processual dos idosos, direito processual dos negros, pardos, indígenas e outros grupos étnicos, direito processual acidentário e de portadores de deficiências, direito processual social do microssistema dos juizados e o direito processual coletivo¹¹.

Dito isto, a ideia motriz do autor, após tais observações, é a de que se rompe definitivamente com a ideia transitória de que “um procedimento único e geral poderia atender a especificidade de toda e qualquer pretensão material; ideia associada à tentativa de universalização do procedimento comum ordinário, enquanto meio técnico eficaz para a condução (satisfação) de interesses em juízo” (Guedes, 2006, p. 8), ou na linguagem do autor, um “desvio especializado”, a partir do empréstimo que toma de Mauro Cappelletti e Brian Garth, na obra “Acesso à Justiça”.

Já em 2013, Carús Guedes desenvolve o texto “*Direito Processual Social atual: entre o ‘ativismo’ judicial e o garantismo processual*”, publicado no livro “Ativismo Judicial e o Garantismo Processual, coordenado pelos professores Fredie Didier, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy, em obra que enriqueceu debates jurídicos posteriores, levando Carús Guedes a escrever, em 2015, o texto “*Direito processual de grupos sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*”, e, na sequência, em 2016, o artigo “*Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual*” (Guedes, 2013; Guedes, 2015; Guedes, 2016).

Neste intercurso, (2013, 2015 e 2016), Carús Guedes posiciona-se no sentido de que a universalização das regras não atende ao postulado da igualdade, demandando por uma “customização”, e, neste ponto, a palavra da vez é “reequilíbrio”, pois “reequilibrar partes com regras do processo, quando e se necessário, pode ser tarefa estatal, seja pela outorga de direitos, seja pela compensação processual”, ideia que desenvolverá mais pesadamente em sua tese doutoral “Igualdade e desigualdade no Processo Civil: o processo como técnica compensatória de desigualdades sociais” (Guedes, 2008)¹², e no

¹¹ Algumas das referências feitas em 2006 foram atualizadas posteriormente, em 2015, como Agrário, Infância e Adolescência, Negros, Pardos, Indígenas e outros grupos étnicos, etc. Cfr. Guedes, 2006; Guedes, 2015.

¹² Este último, escrito em coautoria com Eliana Pires Rocha. Cfr. Guedes e Rocha, 2010.

ensaio “Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: Algumas técnicas processuais compensatórias das desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais”¹³, retomado no sentido de permitir melhor tratamento processual “seja aos pobres ou desassistidos, negros, beneficiários de seguro social, adolescentes em condição de risco, indígenas, mulheres, agricultores, desabrigados de catástrofes, homossexuais e outras minorias”¹⁴.

Carús Guedes, é bom que se diga, se inspira em múltiplas fontes, sendo importante observar ancoragem em Barbosa Moreira, para quem “a luta pela igualdade, como toda luta, requer uma estratégia, e não há estratégia possível sem a identificação das forças adversas” (1988, p. 1660), e o processualista se preocupa, essencialmente com o “tratamento que o processo concede aos desiguais e a tolerância que possui ao sujeito processual que é nitidamente frágil ou especialmente diferente do outro”, cuja bússola conduz aos passos do sentido, alcance e tratamento da igualdade, considerada esta como “consequência da comparação entre pessoas, entre coisas ou entre situações, além de ser considerada um conceito aberto e complexo” (Guedes, 2008, p. 19).

2. Dworkin

Ronald Myles Dworkin¹⁵ (1931-2013) foi um filósofo do direito, Professor na Universidade de Nova York e na University College London. Depois de trabalhar como assessor (clerk) do juiz Learned Hand, Dworkin teve a oportunidade de trabalhar como assessor (clerk) do juiz Felix Frankfurter, na Suprema Corte americana, mas recusou, ingressando na Sullivan & Cromwell, um escritório de advocacia da cidade de Nova York. Depois de trabalhar no escritório, Dworkin tornou-se professor de direito na Yale Law

¹³ A banca da referida tese doutoral foi composta pelos seguintes professores: Paulo Henrique Santos Lucon, Maria Garcia, Sérgio Seiji Shimura, Marcus Vinícius dos Santos Andrade, e José Manoel de Arruda Alvim Netto, este último orientador, como mencionado.

¹⁴ Aqui citamos as referências mencionadas por Carús Guedes: “refugiados, detentos, imigrantes, desempregados, doentes, acidentados, microempresários; sem-terra, deficientes. Mas, além disso, tutelar não mais ou não apenas os direitos desses indivíduos ou grupos de indivíduos, mas as pessoas e como pessoas, assim reconhecidas pela técnica processual”. Cfr. Carús Guedes, 2016.

¹⁵ Notas breves, com auxílio de vasto material sobre a vida e obra de Dworkin, entre outros: Guest, 2013; García Jaramillo, 2021.

School, e em inúmeras outras instituições acadêmicas. No Brasil inúmeros são os que estudaram sua obra de teoria e filosofia do direito, sendo bastante conhecida sua utilização acadêmica como uma das bases da CHD – Crítica Hermenêutica do Direito, escola teórica capitaneada pelo professor Lenio Streck, com aproximações e afastamentos teóricos bem explícitos¹⁶.

Em linhas que permitiriam um diálogo com Carús Guedes sobre a ideia de “customização do processo”, dentro da perspectiva motriz do “reequilíbrio processual”, podemos observar a única incursão ensaística de Dworkin, propriamente dita, acerca do direito processual (procedimental), no texto “*Principle, Policy, Procedure*”, ou “Princípio, Política e Processo” (Dworkin, 1985, p. 72; 2000, p. 105; Stewart, 2016, p. 373–390), publicado originalmente em 1981, como homenagem a Sir Rupert Cross, não obstante sua obra, vasta e multifacetada, permita lidar com todos os temas de teoria e filosofia do direito que de algum modo possam beneficiar os estudos do processo, de uma maneira geral.

A índole persuasiva de Dworkin inicia o r. ensaio afirmando: “nada tem mais importância prática imediata para um advogado do que as regras que governam suas estratégias e manobras”, e pensar sobre como tais regras deveriam ser, permite indagações profundas e filosóficas, como no exemplo que inicia sua articulação mental: o direito ao processo mais exato possível para colocar à prova sua culpa ou inocência, existindo a indagação sobre se essa premissa seria válida, mesmo sendo um tal processo extremamente dispendioso financeiramente para toda a comunidade.

De fato, Dworkin ilustra seu raciocínio (que ele mesmo denomina inicialmente de “tosco” - “*a crude case*”) ampliando numericamente a quantidade de juízes, aumentando o tamanho do tribunal, mesmo que os julgamentos passem a ficar mais longos e as revisões das decisões mais frequentes, além de também muito mais caro, financeiramente falando. Ele prossegue perguntando: reduzir o número de juízes para

¹⁶ Como mencionado: “a CHD, apesar de se aproximar da ideia do “direito como integridade”, não é uma teoria dworkiniana. Se assim fosse, teria que partilhar o todo da obra de Dworkin (2001, 2003, 2007) – o que não ocorre – e, ao fim e ao cabo, não seria outra teoria, mas apenas uma aplicação do jurista norte-americano à realidade brasileira. Resultando de (des)leituras antropofágicas, a CHD constitui uma matriz autônoma, mesmo não escondendo seus aportes basilares, seu(s) lugar(es) de fala”. Cfr. Streck, 2016, p. 224. Dentre outros, confira-se: Streck, 2020; Streck, 2017; Streck, 2014.

poupar alguma despesa extra redundaria em condenações injustas, mesmo que a consequência seja o aumento de condenações indevidas?

A pergunta se torna mais sofisticada, quando Dworkin indaga sobre que tipo ou nível de exatidão processual as pessoas têm direito, sendo evidente extremismo (prossegue) dizer que as pessoas acusadas “não possuem nenhum nível particular de exatidão”, se a premissa fosse, claro, simplória e reducionista, se as decisões e as normas sobre prova fossem inteiramente baseadas em cálculos de “custo-benefício” “sobre o melhor benefício para a sociedade como um todo, equilibrando os interesses”. O dogma liberal e utilitarista sobre “o maior bem do maior número”, em sentido econômico, seria colocado em xeque?

É Dworkin quem o disse, afirmando serem questões difíceis, e que desconhecia na época (1981), qualquer “discussão sistemática a esse respeito na filosofia política”, afirmando, ainda, que em vez disso, essas difíceis e complexas questões “foram deixadas à simples fórmula de que questões de prova e processo devem ser decididas, encontrando-se o ‘equilíbrio correto’ entre os interesses do indivíduo e os interesses da comunidade”, recomendando-se encontrar respostas mais úteis, inclusive questionando-se “essa conversa de equilíbrio correto”, temas que habitam tanto o direito penal quanto o direito processual civil (Dworkin, 2000, p. 106-107).

No campo cível, embora menos dramático, o caso seria mais complexo, segundo Dworkin, já que “quando uma pessoa recorre à justiça em uma questão cível, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento”, e neste ponto, adverte o autor: quando um requerente expõe seu caso indicando uma lei, como fato histórico, “foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo”, ou em outras palavras, a lei foi aprovada não por razões de princípio, mas de política, muito embora a reivindicação do autor, com base na lei, seja uma reivindicação de direito (Dworkin, 2000, p. 107).

Dworkin pede que imaginemos o exemplo que ele propõe, qual seja, o de que um determinado autor teria ajuizado uma ação judicial baseada numa lei que confere indenização tripla por danos contra um réu, cujas práticas comerciais reduziram a competição com desvantagem para a parte requerente, e no exemplo utilizado o legislativo teria aprovado uma tal lei apenas por motivos econômicos, acreditando que a

legislação incentivaria investimentos, criaria empregos, reduziria a inflação, contribuindo com o bem comum, de uma maneira geral, e quando a parte requerente vai ao tribunal pleitear seus direitos, está fundada em um argumento de princípio, não de política.

Aqui também seria possível vislumbrar que os julgamentos oferecem menos que a garantia ótima e possível de exatidão, e, portanto, indaga-se: o papel do bem-estar social na instrução do processo civil seria compatível com a nossa compreensão de que, se o autor ou o réu, tem direito legal de ganhar a causa, ele deveria ganhá-la mesmo que o público (comunidade) perca? Mais especificamente, prossegue Dworkin: se é compatível, as partes de uma ação cível teriam direito a algum nível específico de exatidão? Ou seria apenas uma “questão de quais processos e normas sobre as provas funcionam no interesse público geral?” (Dworkin, 2000, p. 108).

E o autor responde: “essas perguntas, tal como formuladas a casos cíveis, sugerem mais uma questão sobre o direito acerca das provas, uma questão que se refere mais amplamente à teoria da decisão judicial”, oportunidade em que cita três casos de processos cíveis reais para ilustrar seu ponto de vista. Um em que se discutiu a conduta de um empregado que foi exposta numa rede de televisão (*caso British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.*), outra de uma denúncia anônima sobre abusos e maus tratos contra crianças, em que se pleiteou acesso a fonte da denúncia (*caso D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*), e o terceiro, em que se discutiu a exclusão de possível prova sobre o fluxo de trânsito que poderia impactar na construção de uma estrada (*Caso Bushell v. Secretary of the State for the Environment*).

É na senda reflexiva sobre estes vários exemplos de processos cíveis que Dworkin apresenta uma inquietante indagação, após mencionar que, não obstante possa existir uma certa questão de política legislativa em dada circunstância, haveria, em tais casos, a questão adicional “quanto à forma e dimensão das audiências públicas a se realizarem para se tomar uma decisão” (possível dilação probatória), quando sintetizou: “Devemos perguntar se o compromisso com direitos processuais nos processos jurídicos criminais e cíveis, quando tivermos identificado esses direitos, realmente têm essa consequência”, ou seja, uma discussão consequencialista (Dworkin, 2000, p. 115).

Prosseguindo, Dworkin nos submete então a uma maratona de perguntas, começando pela indagação sobre a existência de um “direito de o Estado negar direitos probatórios, que não é mero jogo de palavras (direito a negar direitos), passando pela

seguinte pergunta: a coerência exige que as pessoas tenham direito aos processos mais precisos possíveis? E, pois, em caso negativo, perguntando sobre a existência de um “meio termo defensável”, prossegue: “segundo o qual as pessoas têm alguns direitos processuais, mas não aos processos mais precisos possíveis?”, e, como tais direitos (direito a ter direitos processuais) poderiam ser formulados? Ou, além disso, se as decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer do julgamento, são decisões de política ou de princípio? E o que deveriam ser? E finaliza com uma sutileza: as pessoas têm direitos processuais no que diz respeito a decisões políticas acerca de uma política? (Dworkin, 2000, p. 116).

Assim, Dworkin parte de um exercício de lógica, ao propor que imaginemos que uma determinada sociedade proponha o direito absoluto de não ser condenado se for inocente, mas que esta mesma sociedade negue não apenas o direito ao processo mais exato possível, mas igualmente qualquer direito a algum processo específico, chamada pelo autor de “Sociedade Eficiente em Custos”: tal sociedade planeja processos “inclusive normas de prova, medindo o sofrimento estimado daqueles que seriam erroneamente condenados se uma regra particular fosse escolhida, mas que seriam absolvidos se um padrão de exatidão mais elevado fosse estabelecido, em comparação com os benefícios para outros que decorrerão de se escolher essa regra em vez do padrão mais elevado” (Dworkin, 2000, p. 116).

O tema central, pois, do direito à exatidão de um julgamento, envolve discussões prévias de política legislativa, mas também encontra espaço em processos judiciais, conforme asseverado por Dworkin: “o compromisso com nossas condições imaginadas é pequeno se, como nesses exemplos, a classe que deixa de se beneficiar não é uma classe que esteja em campos sociais ou econômicos gerais distintos da maioria que toma a decisão”, ou seja, poderá ser acusada de injustiça a decisão que estabelece um nível particular de exatidão no julgamento (pela escolha de normas probatórias ou outras decisões processuais) se tais decisões fizerem discriminação contra um grupo distinto, embora Dworkin ressalte: “não é suficiente, para tornar injustas essas decisões, que deem valores diversos a danos morais de diferentes tipos, contanto que essa valoração seja coerente e imparcial” (2000, p. 130).

O que chama atenção, no particular, é que Dworkin afirma: “ninguém tem direito aos processos mais exatos possíveis para o julgamento de suas reivindicações no direito

civil”, e na diferenciação filosófica sobre “direitos dos litigantes em processos cíveis e penais”, afirma que ambos possuem, em princípio, os mesmos direitos, como o direito a processos justificados pela avaliação correta da importância do dano moral a que se arriscam no processo, e o direito correlato a uma avaliação adequada desse dano nos processos a eles proporcionados “em comparação com os processos proporcionados a outros em diferentes casos cíveis” (2000, p. 131-136).

Dworkin vai afirmar, a partir daí, a existência de dois direitos, sendo o primeiro deles um “direito referente à própria norma jurídica”, vale dizer, a perspectiva de que todos teriam direito de que a legislação estabeleça processos cíveis que avaliem adequadamente o risco e a importância do dano moral: “esse é um direito perante os tribunais, quando essas instituições atuam de maneira explicitamente regulamentar, como, por exemplo, quando o Supremo Tribunal aprova e publica regras de procedimento, independentemente de qualquer ação judicial” (2000, p. 136).

Já o segundo desses direitos seria “um direito perante os tribunais em sua capacidade de prestação jurisdicional”, ou seja, é um direito à aplicação coerente da teoria de dano moral que figura na fundamentação da prática jurídica estabelecida, equivalente ao devido processo legal no marco constitucional, e, nas palavras de Dworkin: os tribunais têm o dever de conhecer os processos de revisão estabelecidos por legislação expressa para verificar se a tradição histórica foi suficientemente respeitada, quando no campo processual civil “as cláusulas de devido processo legal foram interpretadas de modo a exigir, pelo menos, uma audiência e a forma de julgamento em certos tipos de processos civis que podem resultar na privação de propriedade”, citando-se dois julgados exemplificativos: caso *Goldberg v. Kelly* (1970)¹⁷ e caso *Mathews v. Eldridge* (1976)¹⁸.

O primeiro foi um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cláusula do devido processo demandaria a existência de uma audiência probatória prévia, ou seja, antes que um beneficiário de certos direitos sociais do governo possa ser

¹⁷ Caso *Goldberg*, *Commissioner of Social Services of the City of New York v. Kelly, et al.*, 397 U.S. 254 (1970). Composição da Suprema Corte: Chief Justice Warren E. Burger, Associate Justices Hugo Black, William O. Douglas, John M. Harlan II, William J. Brennan Jr., Potter Stewart, Byron White e Thurgood Marshall.

¹⁸ Caso *F. David Mathews, Secretary of Health, Education, and Welfare, v. George H. Eldridge*, 424 U.S. 319, (1976). Composição da Suprema Corte: Chief Justice Warren E. Burger, Associate Justices William J. Brennan Jr., Potter Stewart, Byron White, Thurgood Marshall, Harry Blackmun, Lewis F. Powell Jr., William Rehnquist e John P. Stevens.

privado de tais benefícios sociais, numa evidente incursão ampliadora de direitos processuais.

Já o segundo foi um caso em que a Suprema Corte considerou que os indivíduos têm um direito de propriedade legalmente concedido sobre benefícios da Previdência Social, e a rescisão de tais benefícios implica o devido processo, mas não exige uma audiência pré-rescisão, e o caso é significativo no desenvolvimento do direito administrativo americano, pois a Corte Suprema reverteu entendimento anterior, considerando que a audiência pré-rescisão não era necessária, numa restrição de direitos processuais.

Fica claro, pois, que Dworkin trabalha com base em ideário anglo-americano relacionado ao que foi denominado de “teorias da prestação jurisdicional” (Dworkin, 2000, p. 137) na tradição que remonta ao postulado das “*theories of adjudication*” (Dworkin, 1985, p. 93), que encontrará em sua obra uma combinação de elementos descritivos e prescritivos, vale dizer, a ambição normativa de uma teoria da adjudicação vem a ser a de que juízes devem fazer mais explicitamente (e mais conscientemente) o que a teoria menciona, como um questão descritiva (Mackie, 1977, p. 7; Brian, 1996, p. 257-258), e assim, neste sentido, conforme Dworkin, “porque nesses casos, argumentos sobre o que conduz ao bem estar geral parece desempenhar um papel de controle no litígio civil” (Dworkin, 1985, p. 93; Dworkin, 2000, p. 137).

3. Rigaux

François Rigaux (1926-2013) foi um professor belga da Universidade Católica de Louvain, tendo sido membro do Conselho de Administração do Instituto de Direito Internacional e do Centro Interuniversitário de Direito Comparado, membro da Academia Internacional de Direito Comparado e membro da Academia Real da Bélgica, tendo sido juiz *ad-hoc* no caso *Irã v. Estados Unidos* perante o Tribunal Internacional de Justiça.

Autor de obra vasta e multifacetada, talvez confundida por sua maior intensidade no âmbito do direito internacional, muito embora seja de grande relevância suas abordagens acadêmicas sobre a Corte de Cassação (Rigaux, 1966), sua própria visão sobre a ciência do direito (Rigaux, 1990), sua visão realista sobre os juristas alemães da

ditadura nazista (Rigaux, 1995), sua provocante visão sobre a função dialética do conflito normativo (Rigaux, 1996), sua peculiar visão sobre fato e direito (Rigaux, 1999), sua visão vanguardista sobre o tema do ciberespaço, jamais suficientemente moderno (Rigaux, 2005), sua homenagem crítica a Kelsen (Rigaux, 2006), e, ainda, seu caótico ensaio sobre o caos no direito (Rigaux, 2013), sem esquecer o que iremos privilegiar neste artigo – “A Lei dos Juízes” (Rigaux, 2003).

No ponto, para os fins do presente texto, nos importa destacar a distinção realizada sobre sua visão acerca dos fatos e do direito, num primeiro momento, para na sequência realizarmos uma mirada sobre o que chama de “poderes jurisdicionais” e “poderes processuais”, para auxiliar no diálogo entre Carús Guedes e Ronald Dworkin.

Observamos com Carús Guedes a preocupação com a abertura do direito (processo) para o social, com avanço que não se mostra apenas taxonômico, mas algo pragmático, e que Dworkin avança suas proposições teóricas em busca da possibilidade de falar sobre a existência de “direitos processuais”, não apenas na balança de uma imaginária “maior exatidão possível” (processualmente falando) de uma decisão judicial, e neste momento apresentamos a visão de Rigaux, que irá se debruçar sobre o ponto de fusão entre fato e direito.

Para ele, como já mencionado, dentre os maiores problemas de toda a teoria jurídica, menciona: “a aplicação do direito a uma relação de vida ou a uma situação de fato é o mais suscetível de levar a um conhecimento do que é o direito”, que seria uma espécie de “imersão do direito no fato ou por uma transmutação deste naquele” (direito no fato, como visto), e isto tem que ver com sua visão sobre a incidência (aplicação) do direito aos fatos, que por sua vez rechaça a tradicional visão traduzida pelo brocardo “*Da mihi factum, tibi dabo ius*”, pois nem o juiz (ou qualquer outro profissional) seria predisposto a um tal intercâmbio entre “o fato e o direito”, ou na expressão do autor: “concebidos ambos como entidades reificadas, a primeira com sua brutalidade de dado pré-jurídico, a segunda em sua reluzente pureza de norma” (Rigaux, 2003, p. 46).

De fato, como apontará Rigaux, “a prática contradiz semelhante divisão entre ‘o’ fato e ‘o’ direito, pois o primeiro elemento que tinham em comum, quando deixados a si mesmos, era a opacidade deles”, e, conclui, com a parte que ora nos importa: “enquanto, postos um diante do outro, esclarecem-se mutuamente”. É que o direito expropria os fatos, vale dizer, o que a vida comporta de emoção, de irrepetível singularidade inédita, acaba

sendo eliminado, mas não pela razão de serem incomunicáveis, mas porque “são estranhos ao magistério do direito”, e aqueles elementos despojados, no dizer do autor, talvez “encontrem alguma pertinência numa fase posterior do raciocínio judiciário” (Rigaux, 2003, p. 47-48).

Ou seja, algo que só pode ocorrer no interior de um processo judicial na fase de sua decisão após a materialização do escrutínio da operação: fato-direito, como parece evidente, sem deixar de reconhecer, como faz o mesmo autor, que a “qualificação dos fatos é o nervo do raciocínio judiciário”, como no exemplo por ele utilizado: saber se a cessão de um imóvel a um preço muito baixo é uma venda ou uma doação disfarçada”, exigindo tal qualificação a identificação de um elemento subjetivo, ou seja, de um fato de vontade sobre o qual o comportamento exterior da pessoa interessada trará indícios (Rigaux, 2003, p. 49-50).

Mas é em sua concepção sobre o papel do julgador que encontramos uma chave antiga, mas fertilizada por seus pensamentos anteriores: “não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é frequentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora”, embora seja mais complexa a operação de qualificação fático-jurídica (Rigaux, 2003, p. 71).

Pois bem, recorrendo aos autores de matriz italiana (nomeadamente Satta, Calamandrei e Chiovenda), Rigaux adota uma importante distinção entre poder jurisdicional¹⁹ e poder processual (*Pouvoir de juridiction et pouvoir processuel*), quando assenta: “O poder de jurisdição do juiz é, em certos aspectos, limitado pelos seus poderes processuais”, com isso afirmando que são instrumentos que atribuem limites ao exercício da jurisdição, ou seja: “Particularmente relevante para os poderes processuais do juiz é o equilíbrio a manter entre o ‘poder de julgar’ e a vontade das partes, ou seja, a relação entre jurisdição e ação” (Rigaux, 1966, p. 34).

¹⁹ Em suas palavras, sobre o poder jurisdicional (que é limitado pelo poder processual): “O poder jurisdicional ou de jurisdição também possui um significado mais restrito. A expressão designa, a rigor, apenas uma atividade do juiz, sem dúvida essencial, porque constitui o seu próprio fim: a declaração constante de certos fatos para dar força aos direitos (subjetivos) deles decorrentes, conforme um autor de uma obra publicada há cerca de quinze anos chamada “a realização do direito privado” (Henri Motulsky, “*Principes d’une réalisation méthodique du droit privé*”). Contudo, é oportuno incluir entre os atos jurisdicionais, por um lado, as sentenças que constituem direitos, por outro lado, seguindo a terminologia do professor Cambier, as decisões pertencentes ao litígio de legalidade, em oposição ao litígio de direitos subjetivos”. Cfr. (Rigaux, 1966, p. 34).

Não obstante uma pretendida limitação do poder jurisdicional pelo processo, por certo em busca de certeza jurídica, recordemos, como fez há alguns anos, o professor Jorge Amaury Maia Nunes, em artigo clássico que, abordando a temática, recorreu ao pensamento de Rigaux (no texto “*Le juge, arbitre de la certitude du droit*”) para afirmar a passagem da idade de ouro da certeza do direito para a idade de bronze, que marcaria a transição da pretensão de certeza para a incerteza (Nunes, 2007, p. 322).

4. Considerações Finais (Diálogo Possível)

Com certa margem de “licença ensaística”, podemos tirar bastante proveito de um artificialmente urdido diálogo entre Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux, os imaginando num ameno diálogo que poderia ter ocorrido em 2013, antes dos dois últimos falecerem, com bom humor e ceticismo, marca registrada dos três autores.

Carús Guedes começaria dizendo aos dois colegas sobre os graves problemas brasileiros, numa exposição sistemática da cultura processual brasileira dos séculos XIX e XX, em meio a tantas rupturas constitucionais e democráticas, e alteração das características sociais e demográficas, propondo a necessidade de releitura de certos instrumentos do direito processual tradicional, de modo a permitir a utilização de técnicas processuais compensatórias para desigualdades sociais, que em nosso país são terríveis.

Em sua exposição, falaria, pois, da mudança de um caráter individualista para uma perspectiva mais social, das normas de processo, afirmando que em nosso caso poderíamos adotar classificações diversas de modernismo, seja com as expressões “modernidade processual” ou “modernismo processual”, mas diria, com algum chiste, que classificações não são assim tão importantes, para depois mencionar sua própria pretensão classificatória em proposição de evolução em direção a um “Direito processual de grupos sociais”, colocando o indicador dobrado sobre a mesa, enquanto afirma: “(des)igualdade e reequilíbrio, são urgentes, senhores”, e na sequência, quase mudando de assunto, perguntaria se os colegas conheciam a história do Cardenal Herrera?²⁰

Ao que é surpreendido por Dworkin, que diria não conhecer, mas que gostaria de dizer sobre sua preocupação com alguns elementos, já que no processo civil o

²⁰ Neste sentido, veja-se: Guedes, 2011.

legislador não é obrigado a nenhuma avaliação histórica sobre o risco que vale a pena correr quando adota alguma nova norma de convencimento destinada a economizar dinheiro ou conseguir algum benefício concreto para a sociedade, como um todo, estando mais limitada, no ponto, pela cláusula da igualdade perante a lei, e de outros dispositivos destinados a assegurar que os cidadãos sejam tratados como iguais em cada uma dessas decisões (Dworkin, 2000, p. 137), concordando, portanto, com algumas das premissas de do colega brasileiro,

Entre intrigado e divertido, o colega belga perguntaria se seria possível introduzir no diálogo o problema consistente no papel criador do juiz, e de como, em sua visão, não obstante os “poderes processuais” possam servir para, em tese, tentar limitar o poder jurisdicional, o elemento central de dificuldade seria a reconstrução da história, na operação entre fatos e direito, pilheriando, para evidente divertimento de Carús Guedes e Dworkin, rindo daqueles que acreditam na equação de que o juiz seria uma espécie de matemático que fornece o direito a quem lhe apresente os fatos (*“Da mihi factum, tibi dabo ius”*), como se ao repetir: “todos são iguais perante a lei processual”, transformasse todos em iguais, de fato.

O jusfilósofo belga se inquietaria, ao mencionar que, a rigor, os três estão a falar de coisas parcialmente distintas (direitos processuais, direito processual social e correlação entre fatos & direito), mas haveria pontos de reflexão comuns que perfurariam o solo firme não apenas da igualdade, mas da teoria do direito, pois enquanto Dworkin indica caminhar sobre direito a ter direitos processuais, tisonando a igualdade, Carús Guedes observa que somente se alcança igualdade após uma real diferenciação propositiva de técnicas compensatórias de desigualdades no campo processual, apontando para um Direito Processual Social, até mesmo para que se permita o mais amplo e adequado escrutínio histórico da simbiose “fato-direito”.

O brasileiro retira três canetas do bolso, uma vermelha, uma roxa e outra verde, traçando um desenho, um círculo, e depois outro, e então mais um, de modo a permanecerem concêntricos, com várias cores entrelaçadas e vários grupos sociais com necessidades processuais específicas e diferenciadas, enquanto o colega dos E.U.A. coloca o polegar e o indicador direitos no queixo, meditando sobre as observações.

Nos distintos traços (ou linhas) coloridos (as), apareceria por mais de uma vez os nomes de José Ovalle Favela, Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Couture, pois acolhida

a mensagem de que “o direito social surge como consequência das desigualdades que se dão entre pessoas que pertencem a diferentes classes ou grupos sociais”, emendando-se, ainda, outra observação: “o direito social não regula, como o direito privado, as relações das pessoas como indivíduos em condições de igualdade”, havendo vinculação a sua classe social e sua desigualdade real, não havendo pessoas abstratamente consideradas, e, assim, permitir igualdade por compensação (princípio da justiça social), “possuindo como ponto de partida as desigualdades reais das partes, para tratar de lhes outorgar uma verdadeira igualdade de oportunidades no processo”. (Ovalle Favela, 2005, p. 62-63).

Rigaux, a propósito, fica mais sério, quando prossegue falando que, muitas vezes, no uso das chamadas “máximas da experiência”, alguns julgadores se valem de preconceitos pessoais, e que não se pode ignorar, pois, que “dos preconceitos simples, pode-se passar aqueles de natureza discriminatória” contra grupos diversos sociais (Rigaux, 2003, p. 55), e Dworkin, por sua vez, citaria dois casos julgados pela Suprema Corte americana, quando primeiro se ampliou o procedimento probatório antes de benefícios sociais serem cortados pelo governo, e depois se realizou o recorte da referida ampliação, e Carús Guedes diria, pois, que ali seria um típico caso de Direito Processual Social, sugerindo que se encontrassem posteriormente para discutirem o tema.

Neste ponto, Rigaux retiraria do bolso do paletó um pequeno grande livro de poemas de Bertold Brecht, e pediria licença para ler “A Parábola de Buda sobre a casa em chamas”, em um portunhol bastante compreensível (sua versão do livro seria hispânica), terminando com um outro chiste, ao afirmar que os pés dos três teria ardido muitas vezes, guardando o livro no mesmo local de onde o havia retirado, permanecendo alguns segundos entre pensativo e deliciado com o poema.

A conversa andou em outro sentido, e Carús Guedes convidou o colega belga e o colega norte-americano a se juntarem a ele na torcida pelo seu time de futebol, Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, quando Rigaux, vendo a possibilidade daquela conversa, perguntaria ao colega brasileiro se ele sabia que a obra de Dworkin havia sido praticamente adaptada pela Australian Football League, em apoio a melhoria das regras no esporte²¹, e teria sido uma fabulosa lembrança para todos. É certo que, sem discordar

²¹ A este respeito, confira-se o seguinte fragmento: “Em 2006, a Liga Australiana de Futebol complementou as Leis de Futebol Australiano com um novo documento intitulado “Spirit of the Laws”. Este documento contém uma expressão oficial dos princípios subjacente às leis do jogo. Sua intenção era tanto fazer com

da linguagem, todos teriam se preocupado efetivamente com um “Direito Processual de Grupos Sociais”, pois em uma democracia constitucional é impossível rechaçar as asas da igualdade, da mesma forma como não parece adequado permitir que a correção da desigualdade material (compensação) seja impedida por uma estéril igualdade perante os tribunais na visão distorcida do processo.

Referências

- Arruda Alvim, José Manoel de. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo, Revista de Processo, nº 64. São Paulo: RT, 1991.
- Baptista da Silva, Ovídio A. Teoria Geral do Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- Brecht, Bertolt. Parábola de Buda sobre la casa en llamas. Em: Poemas y canciones. Trad. Vicente Romano. Madri: Alianza Editorial, 1999.
- Dinamarco, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- Cabral, Antonio do Passo. Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Brian. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- Couture, Eduardo J. Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo. Em: Estudios de derecho procesal civil. Tomo i. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podium, 2015.
- Didier Jr., Fredie et al. (Coord). ‘Ativismo’ judicial e o garantismo processual. Salvador: JusPodivm, 2013.
- Dworkin, Ronald. Principle, Policy, Procedure. In: A Matter of Principle. Cambridge: HUP, 1985.
- Dworkin, Ronald. Princípio, Política e Processo. Em: Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Fix-Zamudio, Héctor; Ovalle Favela, José. Derecho procesal. Em: El derecho en México. Una visión de conjunto, t. III. Cidade do Mexico: UNAM, 1991.

que aqueles princípios explícitos e também para fornecer orientação aos árbitros da AFL que são frequentemente chamados a tomar decisões complexas e em frações de segundo sob pressão massiva. Este processo parece decididamente semelhante ao processo sugerido por Dworkin para auxiliar os juizes a lidar com casos. O que, então, Dworkin pode nos dizer sobre o futebol australiano e o que o futebol australiano pode nos dizer sobre Dworkin?”. Cfr. Marinac, 2007.

Fonseca Costa, Eduardo José da. Teoria processual como arte literária. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 32 n. 125 jan./mar., 2024.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Procedimento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Em: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

García Jaramillo, Leonardo. Ronald Dworkin: Una biografía intelectual. Madri: Trotta, 2021.

Grinover, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, Novas tendências do direito processual, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 6, n. 1, 2016.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, 2015.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: Didier Jr., Fredie et al (Coord). 'Ativismo' judicial e o garantismo processual. Salvador: JusPodivm, 2013.

Guedes, Jefferson Carús. Orgulho de cardeal espanhol era ser advogado do Estado, Conjur de 22 de dezembro de 2011.

Guedes, Jefferson Carús; Rocha, Eliana Pires. Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: Algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, (451- 492), vol. 11, 2010.

Guedes, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais. 2008. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

Guedes, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, v. 2, p. 55-91, 2006.

Guerra Filho, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. Revista de processo: vol. 18, n. 69, jan./mar. 1993.

Guerra Filho, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 4ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Jurists: profiles in legal theory. Third Edition. Stanford: Stanford University Press, 2013.

Grinover, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.

Lacerda, Galeno. Processo e Cultura, Revista de Direito Processual Civil. Ano II, nº 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

- Leiter, Brian. Heidegger and the Theory of Adjudication. *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1996.
- Lima, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1983.
- Mackie, John. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 1, 1977.
- Marinac, Anthony S. Dworkin on the Half-Forward Flank: The Jurisprudence of AFL's Spirit of the Laws. *Marquette Sports Law Review*, vol. 17, n. 2, 2007.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- Moreira, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (sexta série)*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- Moreira, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.
- Nunes, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica*, Revista dos Estudantes de Direito da UnB, v. 6 n. 1, 2007.
- Oliveira, Carlos Alberto Álvaro. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, v. 4, 1992.
- Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*, 6ª ed. Ciudad del Mexico: Oxford, 2005.
- Rigaux François. Aux confins du chaos. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 24, 2013.
- Rigaux François. 125º anniversaire de la naissance de Hans Kelsen. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 18, nº1-6, 2007.
- Rigaux François. Le cyberspace vingt ans après. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 16, pp. 111-122, nº1-6, 2005.
- Rigaux, François. *A expropriação recíproca dos fatos e do direito*. Em: *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Rigaux François. L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit. In: *Droit et société*, nº41, L'emploi, l'entreprise : nouvelles normes, nouvelles règles. pp. 85-97, 1999.
- Rigaux François. La pacification des normes. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, pp. 313-331, tome 7, nº1-6, 1996.
- Rigaux François. Les juristes allemands dans l'État totalitaire, 1933-1945. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 6, pp. 411-477, nº7-12, 1995.
- Rigaux François. La science du droit entre un modèle éthique et un modèle scientifique. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 1, pp. 111-129, nº5, 1990.
- Rigaux, François. *La nature du contrôle de la Cour de cassation*. Bruxelles: Emile Bruylant, 1966.
- Stewart, Hamish. *Concern and Respect in Procedural Law*. Em: Waluchow, Wil; Sciaraffa, Stefan (Ed.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: OUP, 2016.

Streck, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Streck, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discrecionalidade Judicial. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Wambier, Teresa Arruda Alvim; Conceição, Maria Lucia Lins; Ribeiro; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 2016.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001.

Wizisla, Erdmut. Walter Benjamin and Bertolt Brecht: The Story of a Friendship. New Haven: Yale University Press, Year: 2009.