

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TESE DE DOUTORADO:

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO:
A VIRADA DO PARADIGMA RACIONAL E POLÍTICO NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO
CONSTITUCIONAL**

HERMES ZANETI JUNIOR

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

Porto Alegre, setembro de 2005

HERMES ZANETI JUNIOR

TESE DE DOUTORADO:

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO:
A VIRADA DO PARADIGMA RACIONAL E POLÍTICO NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO
CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Faculdade de Direito -
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como
parte dos requisitos para obtenção do grau de
Doutor.

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

Porto Alegre, setembro de 2005

AGRADECIMENTOS

Vige a regra de que os agradecimentos em uma tese de doutorado devem ser m3dicos, concisos. Deixo deliberadamente de seguir a regra. N3o posso recusar a minha afetividade de brasileiro. Sou marido, filho, amigo, disc3pulo e aprendiz. Agradeço a todos que comp3em o vasto quadro de minha vida, a quem devo o que sou. O homem e suas circunst4ncias, aqui, circunstantes.

Agradeço a formaç3o cient3fica que obtive com o orientador desta tese, Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Socr3tico e inquieto pesquisador. Brilhante professor.

Como especial atenç3o, agradeço aos professores que atuaram sobre a mat3ria bruta de minha pesquisa, indicando caminhos e perspectivas, em textos lidos e palestras assistidas, s3o alguns destes os estimados Profs. Jos3 Neri da Silveira, Teori Albino Zavascki, Jos3 Maria Tesheiner, Ingo Wolfgang Sarlet, Walter Claudius Rothemburg, Pontes de Miranda (*in memoriam*). Agradeço, em particular, a Helena Maria Totta Silveira, exemplar professora.

N3o poderiam faltar os amigos de esquadra, incentivadores incans3veis, Profs. Paulo Gilberto Cogo Leivas, Domingos Dresch da Silveira, Daisson Flach. A todos a minha gratid3o

pelo que representam na luta pelo ideal comum de solidariedade, justiça e democracia, para este renascido Brasil da Constituição de 1988.

Ao brilhante amigo Daniel Francisco Mitidiero meu abraço apertado e meu compromisso de alma, estamos juntos para lutar pelo Direito e quando o direito se opor à Justiça, lutar pela Justiça, porque não pode haver Direito onde não há Justiça.

Se recorrer ao óbvio é permitido, vou na fonte: minha vida não seria plena sem meus afetos, agradeço à Mãe, ao Pai, aos Irmãos, todos eles, à Terezinha, ao Gustavo, ao Antônio, gente que viveu comigo as fases deste trabalho e que em parte é responsável por ele.

Graziela, minha mulher, eu te amo, sempre te amei e irei amar, com ou sem tese, na alegria e na tristeza, na chuva e no sol, nos dias e nas noites, na vida e para além da vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1ª. PARTE: ELEMENTOS TEÓRICOS QUE TRADUZEM A NOSSA FORMAÇÃO HISTÓRICA E APONTAM PARA A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	25
1 O ESTADO DA QUESTÃO: O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONFORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL ATUAL.....	26
1.1 A FORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: DA RECEPÇÃO DO DIREITO NORTE- AMERICANO À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	26

1.1.1	A Recepção Constitucional da <i>Judicial Review</i> (o Controle de Poder no Processo Constitucional Brasileiro).....	36
1.1.2	O Surgimento do Controle do Poder do Estado.....	37
1.1.3	O “Paradoxo Metodológico” Brasileiro: <i>Common Law</i> (Processo Constitucional) e <i>Civil Law</i> (Processo Infraconstitucional).....	40
1.1.4	A Teoria da Recepção Constitucional.....	46
1.1.5	A Constituição de 1891 e as Doutrinas Nacionais do <i>Judicial Review</i> até o Advento da Constituição Federal de 1988.....	53
1.1.5.1	<i>O Judicial Review na Constituição de 1934.....</i>	67
1.1.5.2	<i>O Judicial Review na Constituição de 1937.....</i>	69
1.1.5.3	<i>O Judicial Review na Constituição de 1946.....</i>	71
1.1.5.4	<i>O Judicial Review nas Cartas Constitucionais do Golpe Militar (1967 e 1969)</i>	74
1.1.6	A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito: o Formalismo-Valorativo e a Ampliação do Controle dos Poderes Pela Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.....	77
1.2	A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA PROPOSTA PELO PRESENTE TRABALHO	85
1.2.1	A Inexistência de Modelos Puros: a Busca pelos Elementos Determinantes como Método de Comparação das Tradições Jurídicas do <i>Common Law</i> e do Direito Romano-Germânico “<i>Tertium Comparationis</i>”.....	87
1.2.2	A Constitucionalização do Direito e a Tradição Brasileira na Aproximação entre a <i>Common Law</i> e a Tradição Romano-Germânica.....	90
1.2.3	A Virada das Influências Políticas e do Discurso na Constituição Federal de 1988 (Democratização do Direito).....	91
1.2.4	O Diagnóstico e suas Limitações: a Busca pelos Platôs de Entendimento...	94

1.2.4.1	<i>A Racionalidade Prática Procedimental e o Retorno ao Juízo e a sua Ligação com o Direito Probatório.....</i>	96
1.2.4.2	<i>A relação entre Direito e Política: a democracia participativa e a máxima da cooperação.....</i>	97
1.2.4.3	<i>Processo Constitucional Lato Sensu, Teoria Circular dos Planos e Jurisprudência como Fonte Primária: Síntese do Fenômeno da Constitucionalização do Processo.....</i>	99
2	PRIMEIRA MUDANÇA: A LÓGICA JURÍDICA E O DIREITO PROCESSUAL. A RACIONALIDADE PRÁTICA PROCEDIMENTAL E O RETORNO AO JUÍZO.....	107
2.1	A NOVA RACIONALIDADE PRÁTICA PROCEDIMENTAL E O RETORNO AO JUÍZO NA TEORIA DO DISCURSO: O PARADIGMA LEGALISTA DO PROCESSO (A PROVA COMO DEMONSTRAÇÃO) V. O PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO JUÍZO (A PROVA COMO ARGUMENTO).....	107
2.2	PROCESSO E CONFORMAÇÃO HISTÓRICA: SUPERAR O “CIENTIFICISMO” NO RETORNO AO “JUÍZO”.....	113
2.2.1	Do <i>Ordo Judiciarius</i> ao <i>Processus</i>: História e Pré-História do Direito Processual Civil como Ciência.....	114
2.2.2	Verdade Provável: a Superação da Dicotomia Verdade Material e Verdade Formal.....	123
2.2.3	Racionalidade Formal e Razão: “<i>Nova Methodus</i>” (Geometrização do Direito) v. Tópica e o Pensamento Problemático Atual	129
2.3	MODELOS DE DIREITO PROBATÓRIO.....	139

2.3.1	Modelo Clássico, Simétrico e Persuasivo: a Prova como <i>Argumentum</i> (<i>Common Law</i>)	140
2.3.2	Modelo Moderno, Assimétrico e “Científico”: a Prova como Demonstração (Romano-Germânica)	144
2.3.3	Um Modelo Contemporâneo para o Direito Probatório e para a Lógica Jurídica: o Ordenamento Brasileiro e a Racionalidade Prática Procedimental	153
2.3.3.1	<i>Teoria do Discurso e Racionalidade Prática Procedimental</i>	159
2.3.3.2	<i>Pretensão de Correção</i>	163
3	SEGUNDA MUDANÇA: DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO NA (RE)POLITIZAÇÃO DO DIREITO. O MODELO DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA	168
3.1	DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO NA (RE)POLITIZAÇÃO DO DIREITO: O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	168
3.1.1	O Advento do Estado Democrático de Direito: Dimensão Participativa dos Direitos Fundamentais	169
3.1.2	O Dogma da Separação de Poderes	173
3.1.3	Separação de Poderes e <i>Judicial Review</i>	
3.1.4	Os Poderes do Juiz: Modelo Liberal, Modelo Social e Modelo Participativo (ou Simétrico)	176
3.2	A DEMOCRACIA CONSTRUÍDA E A DEMOCRACIA EM CONSTRUÇÃO: DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRATIZAÇÃO DA SOCIEDADE (DEMODIVERSIDADE).....	181

3.2.1	Precisões Temporais Sobre o Conceito de Democracia.....	183
3.2.1.1	<i>A Democracia dos Antigos e a Democracia dos Modernos.....</i>	183
3.2.1.2	<i>A Democracia na Sociedade Contemporânea.....</i>	184
3.2.2	Pluralismo Democrático e Democratização da Sociedade.....	188
3.2.3	Democracia Participativa e Jurisdição	194
3.2.4	Notas Conclusivas Sobre a Evolução do Debate Democrático: Demodiversidade.....	197
3.3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS POLÍTICOS E O DIREITO PROCESSUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	201
3.4	POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FALSO PROBLEMA E SUA MATRIZ NO PARADIGMA LEGALISTA DO ESTADO LIBERAL.....	209
3.4.1	Afirmção da Função Judicial: Características e Atuação	216
3.4.2	O Judiciário e os Modelos de Estado: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático Constitucional de Direito.....	221
3.4.2.1	<i>O Judiciário no Estado Liberal.....</i>	224
3.4.2.2	<i>O Judiciário no Estado Social (Providência).....</i>	226
3.4.2.3	<i>O Judiciário no Estado Democrático Constitucional: a Crise do Estado Providência.....</i>	229
3.5	TRÊS MODELOS NORMATIVOS DE DEMOCRACIA: O MODELO LIBERAL, O MODELO COMUNITARISTA E O MODELO DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS.....	233

2ª. PARTE: ANÁLISE CRÍTICA: O MODELO COOPERATIVO DE DIREITO PROCESSUAL E DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO DE CRIAÇÃO DO DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA EVOLUÇÃO POSTERIOR.....	239
4 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO DO MÓDULO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA JURISDIÇÃO CÍVEL.....	240
4.1 O PAPEL DA IDEOLOGIA NO DIREITO PROCESSUAL.....	249
4.2 A TRILOGIA ESTRUTURAL: AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO, SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL.....	257
4.3 O MÓDULO PROCESSUAL E O CONTRADITÓRIO COMO “VALOR-FONTE” DO PROCESSO DEMOCRÁTICO.....	266
4.3.1 Características do Módulo Processual (Procedimento em Contraditório).	273
4.3.2 Módulo Processual Jurisdicional Civil.....	276
4.3.3 Crítica à Fazzalari: A Maior Amplitude da Conformação Constitucional Brasileira.....	278
5 A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS (DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL)	281
5.1 INTRODUÇÃO: PREMISSAS HISTÓRICAS DO DEBATE.....	281
5.2 A RELAÇÃO DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DA AÇÃO E SUA SUPERAÇÃO PELO PROCESSO COMO DISCURSO PRÁTICO DO CASO ESPECIAL..	291

5.2.1	Síntese das Teorias Abstrata-Monista e Dualista da Ação e Apresentação da Teoria Instrumental	291
5.2.2	Crítica da Essencialidade da Ação de Direito Material para Compreensão das Relações entre Direito e Processo.....	292
5.2.3	Teoria da Circularidade dos Planos: a Prevalência do Processo como Logos Argumentativo sobre a Ação para Explicar as Relações entre Direito e Processo.....	299
5.3	A CRÍTICA DE PONTES DE MIRANDA AO CARÁTER INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL.....	304
5.4	A CRÍTICA DE GALENO LACERDA AO PROCESSO COMO ADJETIVO E COMO DIREITO FORMAL.....	308
5.5	ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO PARA O IMPASSE: A MUDANÇA DE PERSPECTIVA E A INFLUÊNCIA DO MODERNO CONSTITUCIONALISMO E DA PRINCIPIOLOGIA NA RELAÇÃO DIREITO E PROCESSO.....	310
5.5.1	Remédios Precedem Direitos: a Precedência das Ações como Direito Cívico (<i>Status Activus Processualis</i>) aos Direitos na Tradição do <i>Common Law</i> e no Período Clássico (<i>Legis Actiones</i> e <i>Per Formulas</i>) do Direito Romano.....	311
5.5.2	Os Planos do Ordenamento Jurídico: Orientação Unitária e Orientação Dualista.....	316
5.5.3	Os Novos Influxos da Teoria do Direito: Principialização do Direito e o “Retorno Material” da Sentença.....	318

6	A FRAGILIZAÇÃO DO SISTEMA CODIFICADO E A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO.....	325
6.1	UM RAPIDÍSSIMO BOSQUEJO DA FORMAÇÃO E DAS FONTES DO DIREITO (EM GERAL) E DO DIREITO BRASILEIRO (EM PARTICULAR).....	325
6.2	HIPERMODERNIDADE, PÓS-POSITIVISMO E A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS: A QUEBRA DA MOLDURA PARADIGMÁTICA.....	338
6.3	FRAGILIZAÇÃO VIRTUOSA E NÃO-VIRTUOSA: O SISTEMA CODIFICADO EM XEQUE E O (RE)SURGIMENTO DE UMA NORMATIVIDADE EMANCIPATÓRIA.....	342
6.4	A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO (SÚMULA VINCULANTE, DECISÕES DO STF COM EFEITO VINCULANTE E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DOS TRIBUNAIS): A RECEPÇÃO DO <i>STARE DECISIS</i> MITIGADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	347
	CONCLUSÕES.....	359
	REFERÊNCIAS.....	379

ABREVIATURAS

AGRMS	agravo regimental em mandado de segurança
AI	Ato Institucional
APC	apelação cível
apud	indica fonte de uma citação indireta
art.	artigo
arts.	artigos
C.C.	Câmara Cível
CC	Código Civil (Lei 3.071/1916)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil (Lei 5.869/73)
DJ	Diário de Justiça
e.g.:	<i>erbi gratia</i> (por exemplo)
EDMS	embargos de declaração em mandado de segurança
EDROMS	embargos de declaração de recurso ordinário em mandado de segurança

esp.	especialmente, especificamente
et. seq	e seguintes
ex.	por exemplo.
i.e.	id est (isto é).
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
inc.	inciso
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei 8.437/85).
Liv	Livro
LMS	Lei do Mandado de Segurança (Lei 1533/51).
M.P	Medida Provisória.
Min	Ministro.
MP	Ministério Público
MS	mandado de segurança.
MSC	mandado de segurança coletivo.
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil.
op. cit	opus citatum (obra citada).
op. loc. cit.	obra e local citados.
p.	Página (s)
<i>passim</i>	por aqui e ali (referência ao tema em vários trechos da obra).
PP.	páginas
RCL	Reclamação
RE	recurso extraordinário
Rel.	Relator
REsp	recurso especial.

ROMS	recurso ordinário em mandado de segurança.
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça.
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
s	seguinte (s).
sic	assim no original, por errado ou estranho que pareça
ss	e seguintes.
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
t.	tomo.
TACRJ	Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro.
TACSP	Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo.
Tb.	também
TFR	Tribunal Federal de Recursos
Tít.	Título.
TJRGS ou TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
trad.	traduzido por
Trad.	Traduzido por
TRF	Tribunal Regional Federal
ult. ob. cit	última obra citada
v.	Versus (contra)
v.g.	verbi gratia (por exemplo).

RESUMO

O estudo propõe desenhar as linhas mestras do processo civil brasileiro no quadro do Estado de Direito Democrático, pós Constituição Federal de 1988. Na primeira parte, partindo da origem do direito processual constitucional brasileiro na Constituição Republicana de 1891 visa a abordar as mudanças ocorridas com a constitucionalização do processo, o que significa reconhecer que na formação e desenvolvimento do direito processual brasileiro atuaram forças paradoxais (recepção da *judicial review*, do direito norte-americano, e recepção do direito europeu-continental, no CPC de 1973) e que este paradoxo tende a ser superado pela virada paradigmática da racionalidade jurídica e das relações entre Direito e Política no marco do Estado Constitucional. Estabelece, como primeira mudança, a relação entre a racionalidade prática procedimental e a necessidade de resgate da pretensão de correção para a lógica jurídica. Dessa percepção decorre uma outra alteração profunda, na atuação do direito em juízo, apontando para a combinação entre o modelo normativo de democracia deliberativo-procedimental (HABERMAS) e o processo cooperativo (ALVARO DE OLIVEIRA). Na segunda parte do estudo, a tese coloca essas premissas frente aos necessários desenvolvimentos do direito processual pós Constituição de 1988. Analisa-se, criticamente, as seguintes atitudes fundamentais: a) a configuração e o conteúdo do direito processual constitucional na doutrina atual e sua adequação ao contraditório como “valor-fonte” do direito processual contemporâneo; b) as relações entre direito material e direito processual; c) a teoria das fontes do direito, apresentando a jurisprudência como fonte primária, em razão da recepção tardia e mitigada do *stare decisis* no direito brasileiro (súmulas vinculantes, decisões vinculantes em controle de constitucionalidade e jurisprudência dominante dos tribunais), bem como, da importância dos modelos judiciais na densificação dos conteúdos das normas-princípio e das cláusulas abertas. Com isso procura-se apontar para a dissolução dos antagonismos radicais entre as tradições do ocidente (*common law* e romano-germânica) e seus métodos: o *Code-Based Legal System* e o *Judge-Made Law System*. A Constituição resgata, assim, o papel de centro e fator de unidade no ordenamento jurídico brasileiro, também para o processo civil, comprometendo todo o ordenamento jurídico com a democratização das fontes de poder, inclusive o debate judicial.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Civil - Constituição - Lógica Jurídica - Política - Processo Cooperativo

ABSTRACT

The study proposes to draft the outlines of the Brazilian civil procedure within the framework of the Democratic State based on the rule of law, after the 1988 Federal Constitution. In the first part, starting from the origin of Brazilian constitutional procedural law in the Republican Constitution of 1891 (CR/1891), it aims to deal with the changes that took place with the proceeding constitutionalization, which means recognizing that paradoxical forces came into play in the formation and development of the Brazilian procedural law (the income of the judicial review, from the North American law, CR/1891, and of the European-continental law, in the 1973 Civil Procedural Code), and that this paradox tends to be overcome by the paradigmatic shift in the juridical rationality and in the relations between Law and Politics within the framework of the Constitutional State. The first change that it sets out is the relationship between practical procedural reasoning and the need to restore the intention of rectitude for juridical logic. This perception proceeds to another deep alteration in right in law, pointing to the combination between the normative model of deliberative-procedural democracy (HABERMAS) and the cooperative process (ALVARO DE OLIVEIRA). In the second part of the study, the thesis places these premises in face of the necessary developments of procedural law post the 1988 Constitution. The following fundamental attitudes are critically analyzed: a) the configuration and content of the constitutional procedural law in the current doctrine and its accommodation to the contradictory as a “value-source” of the contemporary procedural law; b) the relationships between material law and procedural law; c) the theory of sources of law, presenting jurisprudence as the primary source, because of the late and mitigated reception of the *stare decisis* in Brazilian law (binding decisions in control of constitutionality and dominant jurisprudence of tribunals), such as the importance of judicial models in intensifying the content of normative principles and open clauses. With this it seeks to indicate the dissolution of the radical antagonisms between the traditions of the west (common law and Roman-Germanic) and its methods: the Code-Based Legal System, and the Judge-Made Law System. The Constitution thus restores the central role and unity factor in the Brazilian legal system, and also for the civil procedure, committing the whole legal system to democratization of sources of power, including the judicial debate.

Key Words: Civil Procedure - Constitution - Juridical Rationality - Politics - Cooperative Process.

1 O ESTADO DA QUESTÃO: O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONFORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL ATUAL

“A **Constituição** pretende ser, no Direito moderno, **uma forma legalista de superar o legalismo**, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como **absoluto e eterno** (e, portanto, imóvel) **valor**, a um **jusnaturalismo histórico**, direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao **da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva** de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos **instrumentos realísticos-indutivos** do método comparativo” (CAPPELLETTI).²

1.1 A FORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: DA RECEPÇÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

No estudo do direito processual civil é preciso ter sempre presente as suas relações com os outros ramos do Direito e cuidar dessas relações com toda a atenção necessária. O caráter dos **diversos ramos do Direito**: direito civil, direito administrativo, direito do

² CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 130.

consumidor, direito processual etc., configurado por seus objetos específicos e natureza intrínseca, justifica o seu tratamento separado e autônomo. Porém, estas distinções são apenas características constitutivas de **uma unidade** na qual estes diversos ramos estão imersos, ligados por um princípio de coerência que lhes garante uma não cindibilidade de todo-indivisível. Destarte, na sua aplicação, estes ramos estarão sempre, em maior ou menor escala, correlacionados dentro do ordenamento jurídico de um país.

Contudo, dentre os diversos ramos do Direito, sobleva a importância do **direito constitucional**, porque ele representa o **centro desta unidade**,³ “o tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem a sua seiva vital”,⁴ principalmente quando se fala de direito processual, em que o enquadramento no direito constitucional tem relação direta com função do Estado de prestar a jurisdição, o exercício do “poder jurisdicional” que ao Judiciário vem atribuído.”⁵

Esta assertiva se revela verdadeira, tanto em **senso formal**, como **substancial** (material), porque o direito constitucional **regula a formação das normas**⁶ e é dele que todas as **normas adquirem a sua juridicidade** (sentido formal). Por exemplo, a possibilidade de impugnar-se, via controle de constitucionalidade, o vício formal de iniciativa de uma norma (e portanto, uma falha no processo legislativo). O direito constitucional também regula, nos seus aspectos fundamentais, as posições das pessoas individuais e as posições coletivas,

³ Para Kelsen, em passagem clássica, **a Constituição** representa o **fundamento de validade de todas as normas**: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”, cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, 2.ed.. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962, p. 4, vol. II.

⁴ “**Il diritto costituzionale rappresenta il centro di questa unità**, il tronco comune da cui i vari rami si dipartano e da cui traggono la loro linfa vitale” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. VII, p. 327-332, 1952, p. 328).

⁵ Esta percepção aguda foi esposada por Marques, de forma seminal, em um dos textos mais relevantes produzido no cenário nacional para o estudo da matéria cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 1959, p.18.

⁶ Deve-se fazer uma precisão de sentido. Substitui-se a expressão “lei” por “norma”. A razão é simples, uma das pretensões deste trabalho é justificar a potencialidade normativa da jurisprudência no sistema do *stare decisis*. Abrir espaço para a aceitação do “*judge-made law*” no nosso ordenamento.

decorrentes das relações dos grupos sociais e dos poderes públicos com indivíduos e sociedade. Desta forma o direito constitucional se constitui **a matriz onde os diversos ramos do Direito buscam a orientação e a fonte que serão especificadas nas normas ordinárias** (sentido material). Para além da validade formal, a Constituição apresenta hoje um outro elemento ordenador.

A unidade da Constituição está presente na sua unidade argumentativa. Um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores dos excessos legislativos contemporâneos. Dessa forma, a Constituição deve ser entendida como um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador. Mas não só, o seu mais importante aspecto está na presença simultânea de regras, princípios, direitos fundamentais e Justiça, como elementos mínimos. Agregados pela exigência extra de adequação e razoabilidade entre o caso concreto e a lei, em certa medida, um retorno aos juízos de equidade. Esse direito constitucional é o núcleo e o conteúdo da Constituição, o que garante a sua dinamicidade e a sua estabilidade, em uma palavra, a **unidade da Constituição no Estado Democrático e Pluralista.**⁷

Assim, também o direito processual (como ciência) depende desta matriz.⁸ Por exemplo, se a Constituição fala em igualdade formal e substancial não pode o processo

⁷ ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3 ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. esp. p. 39-40; 147-148.

⁸ Contra, entendendo que é o direito processual que traz aporte ao direito constitucional, manifesta-se Renzo Provinciali (PROVINCIALI, Renzo. *Norme di diritto processuale nella costituzione*. Milano: Giuffrè, 1959): “La dimostrazione della natura processuale degli istituti sin qui considerati, esclude qualunque apporto della scienza del diritto costituzionale alla scienza del diritto processuale” (Id., p.194). O autor afirma que, na verdade, o direito processual é que influencia o direito constitucional, e não o contrário. Aduz, como mitigação da tese, que, em verdade, os vários ramos do Direito se interpenetram e complementam, sendo de utilidade apenas didática a sua distinção, uma vez que o direito é uno em sua essencialidade (Id., p.194/195). Conclui com a seguinte crítica aos que pretendem analisar o processo a partir da Constituição: “Pretendendo di cogliere gli aspetti costituzionali del diritto processuale (come, inversamente, tentando di cogliere gli aspetti processuali del diritto costituzionale), si vien meno alla considerazione unitária del diritto, quale sopra affermata; si attenta alla natura técnica degli istituti del diritto processuale [sic.], pretendendo di animarli con uno spirito político, che, al contrario, non può appartenere che alla politica legislativa o, se mai, al diritto costituzionale” (Ibid.). Entende-se, assim, que a visão do autor esta de todo equivocada na direção inicial, como bem evidenciado no parágrafo transcrito, qual seja a adoção de uma racionalidade asséptica da sentença como norma, distante da formação, da criação do direito, por meio desta. Conseqüentemente atribui os atos “políticos” apenas à esfera legislativa e reconduz o direito constitucional a um lugar privilegiado entre a Política e o Direito, longe da dogmática efetiva (sic.).

determinar privilégios que atentem contra essa igualdade,⁹ já vai longe o direito reinol que permitia ao Rei, porque senhor do direito, a concessão de privilégios processuais.

Conseqüentemente, precisa ser reafirmada a noção de que o **Código de Processo Civil e as leis extravagantes de processo** não são nada mais, nada menos, do que “as leis que regulamentam a garantia constitucional de Justiça contida na Constituição”,¹⁰ já que a Constituição pode ser estudada de acordo com as garantias que apresenta frente ao arbítrio do Estado. Garantia essa de que o exercício dos Poderes Estatais não lesionará direitos individuais e coletivos.¹¹

Assim, o estudo das relações entre o processo e a Constituição revela-se como o caminho que deverá permitir o reconhecimento no processo, **não somente de um**

⁹ Veja-se a crítica de Dinamarco aos privilégios da fazenda pública em juízo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, *passim*. De outra sorte, observe-se a jurisprudência do STF sobre “lei ainda constitucional” (RE 341717 e AI 482332, transcrições, respectivamente, nos informativos do STF 272 e 346) e a alteração de posicionamento do Supremo quanto à intimação do Ministério Público (HC 83255). Dessa última, transcreve-se um trecho do julgado: “**Descabe o tratamento desigual**, assentando-se que os processos, após a entrada no setor próprio do Ministério Público, podem permanecer na prateleira aguardando que o titular da ação penal delibere, quando melhor lhe aprouver, sobre a fixação do termo inicial do prazo para desincumbir-se de certo ônus processual. Significa afirmar que só corre o prazo recursal quando, de acordo com a conveniência própria, o integrante do Ministério Público lance no processo a ciência. **Esse entendimento não se coaduna com a ordem natural das coisas, com a natureza do prazo recursal, com a paridade de armas que deve ser observada no trato da acusação e da defesa (...)** A duplicidade de enfoques resolve-se por meio de interpretação mais adequada com o **princípio básico do processo que é o da isonomia de tratamento das partes**. Daí a procedência do inconformismo demonstrado. Diante do exposto, concedo a ordem, para consignar a intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público, ficando, por conseguinte, restabelecido o acórdão nessa via impugnado.” (Info. STF 328, Min. Relator Marco Aurélio).

¹⁰ Cf. COUTURE, Eduardo J.. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: **Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina**. Buenos Aires: Ediar, 1946. p. 151-210. No mesmo sentido: “Lo studio degli istituti del processo, se viene compiuto ignorando o trascurando il collegamento con gli altri rami del diritto e in particolare col diritto costituzionale, diventa un tedioso e sterile computo di formalità e di termine; esso acquista invece il suo vero significato e si arricchisce di motive ben altrimenti importanti, quando vegna inteso come lo studio dell’indispensabile apparato di garanzie e di modalità di esercizio, stabilito per la difesa dei fondamentali diritti dell’uomo, nel rigore della disciplina necessaria di una pubblica funzione” (LIEBMAN. **Diritto costituzionale e processo civile**, p. 329). No texto, Liebman ressalta o valor do estudo de Couture pela fusão que o mesmo efetuou entre o direito constitucional norte-americano e o processo civil continental, ao mesmo tempo em que faz uma prédica ao estudo dessas relações (Id., p. 332). O presente trabalho, como já foi ressaltado, visa a recuperar este *insight*, fica na esperança do autor poder chegar a resultado válido em tema tão rico e relevante.

¹¹ Nessa perspectiva tem sido usado o termo “constitucionalismo”, cf. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1998. Sobre as acepções possíveis do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, quer na dimensão teórica (teoria geral do direito, teorias explicativas e justificativas deste novo estado de coisas), quer nas mudanças práticas já ocorridas no âmbito do Estado Constitucional (operatividade dos conceitos já modificados) ou ainda nas sugestões de *iure condendo* (como deveria ser o Estado Constitucional) cf. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. (Com textos de de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ricardo Guastini, Paolo Camanducci, Luis Pietro Sanchís entre outros).

instrumento de justiça, mas também um **instrumento de liberdade**.¹² É oportuno frisar que são temas que têm relação com essa visão de processo: a necessária aproximação entre direito processual e direito material dentro da moldura constitucional, a *judicial review*, a criação da norma pela jurisprudência (*judge-made law*), a superação dos paradigmas de processo civil “**moderno**”:¹³ de um **processo técnico, individual, privado**, para um processo compreendido como **fenômeno de poder, social e coletivo**, a conseqüente **valorização das tutelas diferenciadas**, a necessidade de abertura para a **adequação do processo em seu curso**, a efetividade como corolário do acesso à Justiça e o devido processo legal substancial como forma de controle do “**correto**” **exercício do “poder” de julgar** (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais).¹⁴

Esta apertada síntese pretende alertar o leitor para além dos fenômenos mais imediatos que envolvem as relações entre processo e Constituição. O que se quer é salientar a **necessidade de coerência prática, na vida jurídica, da aplicação de alguns preceitos** do que se poderia chamar de **constitucionalização do processo**. Apresentada mais adiante como uma nova visão do direito processual constitucional, considerado este como **toda a interferência da Constituição nas noções de jurisdição, ação e processo, ou seja, uma introdução ao estudo do processo civil em vinculação com a unidade da Constituição**.¹⁵ Não só na perspectiva dos princípios, mas também da jurisdição constitucional *lato sensu* (jurisdição constitucional das liberdades e controle de constitucionalidade) e da organização judicial e funções essenciais à Justiça.

¹² LIEBMAN, **Diritto costituzionale e processo civile**, p. 329.

¹³ “Moderno”, assim entre aspas, no sentido de pertencente ao séc. XIX e XX. Portanto, relativo ao paradigma liberal-burguês, contrapondo-se ao “hipermoderno”, contemporâneo ou “pós-moderno” (supra).

¹⁴ Importante, não se trata de uma correção objetiva (seria um retrocesso de séculos no percurso democrático), mas da “pretensão de correção”. ALEXYS, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

¹⁵ Para uma noção similar, contudo, denominada de “teoria geral do processo” constitucional, cf. CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.3.

O leitor precisa, antes de mais nada, atentar para a peculiar lógica do processo. A inserção do direito processual em **uma perspectiva constitucional** implica a necessária coordenação entre duas diversas exigências de fundo, **a exigência de correção formal e a de justiça substancial**.¹⁶

Estudos já clássicos fizeram entender a complexidade das relações entre a vida prática e a atuação do Direito no âmbito judicial.¹⁷ O Processo como cultura,¹⁸ a influência da ideologia nos institutos de processo¹⁹ e a riqueza da prática forense sempre instigaram a mentalidade do jurista do direito processual, forçado a conciliar o inconciliável, a “lei e a vida”.²⁰

O jurista do direito material, em razão da incompreensão ou, talvez, da má aplicação dos institutos processuais, imagina o processo como uma quimera formalista (*sic.*).²¹ O mais notável fruto desta visão é **o mito que se desenvolveu** no curso da história recente: o de que **o**

¹⁶Como advertido em clássico da matéria: “Quella della correttezza formale e quella della giustizia sostanziale”, Cf. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 678.

¹⁷ Como explicitamente ressalta clássica passagem de Pontes de Miranda, a dicotomia entre a lei (direito material) e a vida: “Já frisamos que os juristas-civilistas, restritos, acertadamente, aos conceitos do direito civil (material), somente *vêm* os resultados da sentença, que diga ser ‘nulo’ o casamento, *ex tunc*, e têm o casamento ‘como se’ nunca tivesse existido. O trágico, para eles, é quando, atendendo à sentença *injusta*, são sujeitos a raciocinar com ela, que - segundo tal suposição de nunca ter sido (nulidade = inexistência) - morde a realidade jurídica. *O jurista do direito material é um homem que ingenuamente crê em que as sentenças serão, todas, justas, em que a aplicação corresponde sempre, com a sua extensão, à incidência*. Mas essa ingenuidade ele a herda do legislador do direito material - essa ingenuidade não a tem o legislador do direito processual, que legisla já ciente da *discórdia* e da *imperfeição humanas*. *A velha antinomia do abstrato e do concreto*, da irracionalidade irredutível, do contínuo e do descontínuo, da *lei* e da *vida*”, PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 208, (sem grifo no original). Assim, também, Tucci que cita tal característica como a cisão natural entre a **precisão formal** e a **justiça substancial**: “É neste conflito dialético entre exigências contrapostas, não obstante igualmente dignas de proteção, que são inseridas as garantias constitucionais do processo nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos modernos” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3).

¹⁸ Galeno Lacerda em artigo seminal foi o primeiro processualista nacional que identificou esta ligação; afirma o ilustre processualista: “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural” (LACERDA. **Processo e cultura**. **Revista de Direito Processual Civil**, 1961, v. 3).

¹⁹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **AJURIS**, ano XII, n. 33, p. 79-85, março, 1985; CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução: Santiago Sentís Melendo; Tomás A Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

²⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, p. 208, ver supra a transcrição literal da passagem, *in fine*.

²¹ Outro é o sentido e o conceito de “formalismo-valorativo” como método de pensamento e garantia do jurisdicionado. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 6; MITIDIERO, Daniel. **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual**, p. 108.

processo é algo complexo, sofisticado, inatingível e de duvidosa logicidade,²² visto que recheado de exceções. Bom processualista seria, neste entendimento, aquele que, com mais agudeza, consegue decorar as exceções da lei, suas peculiaridades (*sic.*).

Esta visão não é a do processualista contemporâneo, antes se poderia chamar estes talentosos juristas, que com prodigiosa memória decoram fórmulas, particularidades e exceções, de “procedimentalistas” (*sic.*). *Experts* em “procedimento” (*sic.*), posto em abstrato e desvinculado da perspectiva teleológica, instrumental do processo.

Ora, o que mais impressiona é que o Direito deve ser acessível a todos e a qualquer hora, para tanto o Iluminismo exigiu clareza e publicidade na redação da lei, “a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora” (KAFKA).²³ Contudo, ao contrário das pretensões racionalistas de autonomia do homem, as sociedades foram se tornando complexas de tal sorte que os especialistas feudalizaram seu conhecimento, uma espécie de **Idade Média dos técnicos**, deixando o cidadão no mais completo obscurantismo, **servo da “razão técnica”**. Nesses feudos alguns técnicos em particular, quer pelo poder que lhes era conferido pelo Estado (legisladores e juízes), quer pela maior habilidade lingüística, Direito é comunicação de idéias (doutrina e advogados altamente qualificados), impuseram **um modelo rígido para não pensar o Direito**.

²² Contribuem para esta visão algumas reformas legislativas e a aplicação destas pelos Tribunais de forma desvinculada da realidade dos fatos e da justiça substancial, com raciocínios apriorísticos e de cunho eminentemente formalista, aqui como negativa de substância, formalismo não virtuoso (Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, p. 7-19, 1999). São exemplos dessa realidade o complexo procedimento para interposição do agravo de instrumento junto aos tribunais de segunda instância (no que tange à diversidade de entendimentos quanto aos requisitos de admissibilidade do instrumento mesmo) e a aplicação generalizada dos poderes do relator no julgamento dos recursos pelos mesmos Tribunais.

²³ KAFKA, Franz. **O Processo**, 6 ed. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 231. No Brasil este é o teor expresso da LICC: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Decreto-Lei 4.627/42).

O objetivo daqueles esforçados juristas hoje está claro: a segurança jurídica *tout court*. Conforme anotam OST e HOECK a sistematização perpetrada pela “Idade dos Códigos”, tanto na Alemanha (Escola Histórica), quanto na França (Escola da Exegêse), esgotou a capacidade criativa dos juristas da época. Fixados no intento de criar o “Direito-perfeito” desproveram os juristas contemporâneos de qualquer espaço criativo.²⁴

Em verdade, o paradigma moderno, paradigma legalista, na tentativa de “cientificar” o direito acabou por abdicar de sua cientificidade histórica, a cientificidade da espiral evolutiva da história do Direito, das marchas e contramarchas. A ciência dos jurisconsultos romanos, da Justiça, uma ciência jurídica de valores e de aporias em que o direito era do interesse de todos os cidadãos, colocando normas e técnicas a serviço do Estado e abandonando a causa do justo.²⁵ São apenas os preconceitos filosóficos racionalistas da primeira modernidade que impedem o retorno a essa concepção de ciência do direito, que é também a concepção de muitos juristas atuais.²⁶

O que se pretende demonstrar neste ensaio diz respeito a uma viragem, uma alteração de cento e oitenta graus na visão do direito processual. Alteração surpreendente principalmente àqueles que não estudaram o processo em suas raízes, visto que para a ciência processual esta visão, pelo menos em grandes linhas, é a mais aceita e adotada no último quartel do séc. XX.²⁷

²⁴ OST, François; HOECKE, Mark Van. Legal doctrine in crisis: towards a European legal science. **Legal Studies**. v. 18, p. 197-215, 1998. (HeinOnline – 18 Legal Stud. 197 (1998)). Tb. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes,

²⁵ Para um interessante perfil desta crítica cf. OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/index.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2005).

²⁶ Cf. VILLEY, Michel. Law in the liberal arts. **Catholic University Law Review**. v. XIV, p. 158-170, 1965. (HeinOnline – 14 Cah. U. Am. L. Rev. 158 (1965)). p. 170.

²⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6 ed.. São Paulo: Malheiros, 1998, p.309-311; Cf. BUZAID. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. (obra póstuma organizada por Ada P. Grinover).

Ocorre que o direito processual é ciência nova, conta com menos de cento e cinquenta anos de autonomia do direito material,²⁸ essa circunstância limitou a difusão desses novos paradigmas de processo aos estudiosos do tema, mas agora, com o instrumental técnico legislativo e constitucional que foi posto à disposição de todos os juristas, a visão “moderna” e privatista do processo deve ser completamente abandonada, em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Emblemático de tal necessidade são os fatos históricos, a partir do segundo pós-guerra surgem novos direitos sociais e econômicos, agora também participativos. Portanto, é preciso desmentir a dimensão técnica, socialmente neutra, cega à vida que permeou a interpretação e aplicação do Direito. No Estado Democrático de Direito, os valores são: a convivência social; a sociedade livre justa e solidária; a participação nas decisões; o pluralismo, entendido como pluralidade de idéias, culturas e etnias; e a dignidade do ser humano.²⁹

Importa, antes de mais nada, que o jurista já se tenha liberto da “**interpretação retrospectiva**”, vício que consiste em apreciar e interpretar novos institutos e mudanças legislativas com olhos na prática anterior do Direito.³⁰ Este vício tem endereço certo, a manutenção da ideologia anterior e do *status quo ante*. Na verdade, **o valor certeza (aqui também como segurança jurídica) inerente ao direito da tradição romano-canônica** conformou de tal sorte a mentalidade do jurista que será preciso uma verdadeira revolução cultural para se obter a máxima efetividade que se propõe como valor nascente nesta mutação.

²⁸ A obra de Bülow que fundou a “ciência” processual: “Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais”, vinda a lume em 1868, traça, pela primeira vez, as distinções entre a relação de direito material e a relação jurídica de direito processual, sendo considerada o marco-zero da ciência processualística. Cf. BÜLOW, Oskar. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ejea, 1964.

²⁹ Assim, “o **Estado Democrático de Direito** tem em seu conteúdo **princípios de justiça social e do pluralismo**, devendo realizar-se através da democracia participativa. **A Constituição prevê várias formas de participação, entre elas a ação popular, as ações coletivas e a ação de inconstitucionalidade** (essas duas últimas possibilitando a participação através das entidades legitimadas a agir)” (MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23).

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Assim, no direito da tradição romano-germânica, a lei representa a segurança contra o arbítrio e, portanto, a idéia de segurança jurídica estaria na legislação por todos conhecida e aplicável a todas as situações da vida.

A **segurança jurídica foi erigida a valor supremo**, garantia absoluta em prol da certeza, e a lei sua expressão gramatical, triunfo dos “povos civilizados”.³¹ Essa certeza é a reação ao instável período de pluralismo radical no direito medieval e ao excesso de poder dos déspotas do absolutismo. Não outro era o ideal do Código de Napoleão, que no auge do racionalismo pregava: o juiz é a boca da lei, é vedado ao juiz e ao jurista interpretar a lei. Precisamos superar este complexo de inferioridade, na verdade *flatus vocis* no direito brasileiro, por aqui o juiz nunca se limitou na interpretação pura da lei. Para tanto, parafraseando Cappelletti, é preciso utilizar **os direitos fundamentais como programa de reformas e método de pensamento**.³²

Assim, deve-se assumir, *ratione materiae*, **o processo como direito fundamental**, e ele mesmo tendente à efetividade e a respeitar as posições subjetivas das partes como **direito fundamental na participação** e na formação da decisão (ALVARO DE OLIVEIRA).³³

Para tanto, a nossa linha de exposição começa a se desenvolver a partir da teoria de recepção constitucional e da sua vinculação com os ideais constitucionais do **Estado Democrático de Direito como Estado de Participação na gestão do Poder Estatal**. Busca-

³¹ Em síntese, o vigor do pensamento da tradição romano-canônica pode assim ser demonstrado, por hora: “La literatura de la tradición del derecho civil hace gran hincapié en la importancia de la certeza del derecho. Por supuesto, la certeza es uno de los objetivos de todos los sistemas legales, pero en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental”, cf. MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 96.

³² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³³ Esta é a proposta: “Faceta importante a ressaltar é que **a participação no processo para a formação da decisão constitui**, de forma imediata, **uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais**; portanto é **ela mesma** o exercício de **um direito fundamental**”. ALVARO DE OLIVEIRA, **O Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, 2003, p. 260-274, esp. 267 (sem grifos no original).

se, assim, apontar, no referente ao desenvolvimento histórico, as amarras e as potencialidades para a assunção e manutenção da proposta da “Nova Democracia”³⁴ brasileira, nascida em 1985 com o fim da ditadura militar.

1.1.1 A Recepção Constitucional da *Judicial Review* (o Controle de Poder no Processo Constitucional Brasileiro)

Em 1891, na Constituição Republicana, o Brasil, como República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, recepcionou, como a grande parte dos países latino americanos e por influência direta de Rui Barbosa, o direito constitucional norte-americano.³⁵ Ocorreu, então, uma revolução copernicana em nossas instituições jurídicas que ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes.³⁶ Entre tantas conseqüências, faz-se referência à Constituição escrita e rígida e a garantia da *judicial review*, que dela naturalmente decorre no

³⁴ Sobre a importância e os reflexos dessa “Nova Democracia” no conceito de cidadania e na educação cf. GHIRARDELLI JR, Paulo. **Filosofia e história da educação brasileira**, São Paulo: Manole, 2003. p. 195.

³⁵ Rui Barbosa foi o “autor” da Constituição de 1891. O texto do projeto inicial foi clarificado e ampliado por Rui, como bem anotou Calmon em “A Constituição de 1891”, obra publicada pela Fundação Casa de Rui Barbosa: “por esse documento verifica-se que Barbosa não só foi encarregado da redação do projeto final publicado em nome do governo, como ainda lhe acompanhou a impressão, fazendo-lhe profundas modificações nas diversas provas que reviu” (p. XXXIV). Os apensos I (emendas de Rui ao projeto) e II (redação final – projeto do governo provisório), anotados com a própria caligrafia de seu autor, denotam, definitivamente, o acerto da correspondência entre Rui Barbosa e o nosso texto constitucional de 1891. Cf. BARBOSA, Rui. **A Constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946 (impressão fac-similar dos originais que foram encontrados na casa de Rui Barbosa; Coleção Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XVIII, 1890, tomo I).

³⁶ No sentido contrário, defendendo a tetrapartição dos poderes de Constant: “o País involuiu institucionalmente aos tempos do *Espírito das Leis*, ou seja, mais de cento e cinquenta anos!”. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p.136.

modelo norte-americano, ou seja, a garantia de adequação dos atos de poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto Constitucional.³⁷

O Poder Judiciário - neste quadro- representa o espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais (democracia de direitos), reconhecê-los e dar-lhes efetividade. Essa foi a aguda percepção, já no séc. XIX, de um dos maiores juristas nacionais:

“O que distingue, na essência as declarações de direitos promulgadas nas **Constituições do tipo** que a dos **Estados Unidos** consagrou, das declarações de direitos exaradas em outras Constituições, é a **existência**, naquelas, da **garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados**” (BARBOSA).³⁸

1.1.2 O Surgimento do Controle do Poder do Estado

Ao que tudo indica, excetuada a democracia grega, a fonte mais antiga do controle do Poder Público remonta a 1215 na *Magna Charta Libertatum*, com o surgimento do princípio

³⁷ Nesse sentido, a proclamação dos juristas norte-americanos: “É, para mim, da maior importância que o nosso país tenha uma **Constituição escrita**...A Constituição Americana não é nenhum acidente histórico; mas, o produto evolutivo da luta do homem, através de eras passadas, para proteger-se contra reis, potentados e governantes tirânicos...(p.24)...Homens, como Washington, Jefferson, Madison, Hamilton e Adams, viram essa fraqueza nos Artigos, e sabiam que um governo nacional, com poderes suficientes para proteger-se e defender-se, tinha que ser estabelecido, se se queria criar um país verdadeiro. O instrumento que eles e outros empregaram para construir tal país, foi a nossa **Constituição escrita**...não apenas porque era necessária uma espécie de acordo entre os Estados, mas também porque **era o melhor meio de proteger os direitos da minoria contra a tirania da maioria** (p. 27).”(Justice Black). BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

³⁸ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. vol. V, p.175 (sem grifo no original). A **distinção entre direitos e garantias constitucionais** para Rui Barbosa decorria da **contraposição entre as simples declarações e as disposições destinadas a assegurar as declarações** que “em defesa dos direitos, limitam o poder.”(Id., p. 181). Não raro, dizia Rui, poderiam estar no mesmo dispositivo. Para tanto demonstra, em um quadro sistemático, quais os direitos e as garantias da Constituição de 1891 (Id., p. 182-184). Contudo cumpre observar que a distinção entre direitos e garantias deixa de ser significativa quando se permite a afirmação de que os remédios precedem os direitos. Vigente essa proposição não haverá direito sem garantias. Também as garantias serão direitos.

do **devido processo legal**,³⁹ o qual, embora apresente diversos contornos históricos,⁴⁰ **sempre esteve ligado ao controle do poder**. Aos romanos faltava o gênio da coisa pública.⁴¹ O Estudo do devido processo legal revela que seu “conteúdo só pode ser apreendido em suas concretizações”, sendo que qualquer tentativa de fixação ou definição será “mera ilusão tópica”. Não obstante, o “vetor” de seu progresso será, sempre, o controle do poder.⁴²

Embora nascido na Inglaterra, o princípio do **devido processo legal** desenvolveu-se, principalmente, nos Estados Unidos, marcado, pode-se dizer, por **duas características**. A primeira decorre da evolução do “*law of the land*” (ou julgamento pela “lei da terra” por um júri constituído pelos seus pares, ou pelo juiz que os substitua) e do “*his day on court*” (ou direito de ser ouvido pelo tribunal) e se reveste de um **caráter estritamente processual** (*procedural due process*). A segunda, de cunho material ou substantivo (*substantive due process*), tornou-se o principal instrumento para o exame da “*reasonableness*” (razoabilidade) e “*rationality*” (racionalidade) **das normas e dos atos do Poder Público em geral**.

Já no contexto do direito português, os primeiros indícios de controle do poder, por meios judiciais, aparecem nas Ordenações do Reino de Portugal (Afonso, Livro III, Tít.

³⁹ Sobre a origem do princípio cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.25. Por outro lado, já a democracia grega previa o *nómos* como controle do poder. Cf. GILLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 2ed. Tradução A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 76. Afirmava Demóstenes no Discurso contra Timócrates (335 a. C.): “Nas leis que nos regem, Atenienses, contêm-se prescrições tão precisas como claras sobre todo o processo a seguir na propositura das leis. Antes de mais, fixam a época em que a acção legislativa é admitida. Em segundo lugar, mesmo então, não permitem a todo o cidadão exercê-lo à sua fantasia. É necessário por um lado, que o texto seja transcrito e afixado à vista de todos perante os Éponimos; por outro lado, que a lei proposta se aplique igualmente a todos os cidadãos; enfim que as leis contrárias sejam derogadas; sem falar doutras prescrições, cuja exposição, parece-me, não teria interesse para nós neste momento. Em caso de infracção a uma só destas regras, qualquer cidadão pode denunciá-la”, *apud* GILLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 78.

⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. esp. p.79-88.

⁴¹ “Ao gênio da coisa pública faltou ao Romano juntar a evolução democrática dos Gregos e a preservação da liberdade.” PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo I (atualização legislativa: Sergio Bermudes). p. XVII. Tb. KASER, Max. **Direito privado romano**, 1999, p. 35, para quem “o direito e a jurisdição penal bem como toda a administração do Estado pareciam aos Romanos ser **matérias públicas, influenciadas por forças políticas** e, por isso, **não sujeitas a critérios exclusivamente jurídicos**.” Sobre a influência da filosofia e política grega no direito consultar: GILLISSEN. **Introdução histórica ao direito**. p. 73. Nesse sentido a norma, *nómos*, deliberada politicamente pela Assembléa aparece como controle do poder: “O *nómos* é sobretudo o meio de limitar o poder da autoridade, porque a liberdade política consiste em não ter que obedecer senão à lei. Mas a lei é humana, é laica; já não tem nada de religioso, de divino.” (Id., p. 76).

⁴² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p.289.

LXXX, Manuelinas, Livro III, Tít. LXII e Filipinas,⁴³ Livro III, Tít. LXXII). Ressalta-se a chamada “apelação extrajudicial” e o “interdito *unde vi*”, os quais, segundo afirma autorizada doutrina,⁴⁴ seriam os precursores do atual mandado de segurança (Ordenações Filipinas, Livro I, Tít. LXVI, § 29), instrumento que, entre nós, é especialmente vocacionado para aquele controle.

Voltando ao *common law*, mais exatamente ao direito norte-americano, em 1803, o caso *Marbury vs. Madison* introduz uma revolução no sistema estadunidense.⁴⁵ A partir desse histórico julgamento, a Suprema Corte possibilitou o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (*judicial review*), dando ao Poder Judiciário daquele país uma relevância ainda maior que a originária do *common law* inglês.⁴⁶ **O desenvolvimento posterior do devido processo legal substantivo possibilitou a aplicação da razoabilidade na “judicial review”.**

É importante esta percepção para entender quais os motivos e com que força a cláusula do “*due process of law*” tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense⁴⁷ e, assim, um balizador do sistema de “*checks and balances*” (sistema de

⁴³ Conforme Milton Flacks, “É possível que, ao propor o nome que afinal adotou o instituto – mandado de segurança – João Mangabeira tenha se inspirado nas Ordenações Filipinas (1603)...”. Cf. FLACKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.4. Uma pesquisa mais acurada denuncia a existência anterior da “apelação extrajudicial”. Essa teria tido assento já nas Ordenações Afonsinas (Tít. LXXX) e Manuelinas (Tít. LXII), sendo da sabença geral que o livro dedicado ao processo civil era o Livro III, nas três ordenações do direito reinol. Consulte-se, com muito valor, o trabalho de MITIDIERO, **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual**, esp. 110-126.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**. t. VI, p. 51.

⁴⁵ Para a versão traduzida em vernáculo cf.

⁴⁶ Contudo, como não poderia deixar de ser, essa ideologia já estava expressada nos *Federalist Papers* de Hamilton, mais especificamente no de nº 78. Cf. BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e o devido processo legal. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 423-433.

⁴⁷ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 23, p. 65-, abril/junho, 1998.

freios e contrapesos) que, na doutrina política norte-americana, **equilibra** as relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁴⁸

Tudo isso se transpõe, em certa medida, para o direito brasileiro porque não se pode perder de vista a influência norte-americana na Constituição Republicana de 1891⁴⁹ e, por consequência, no **controle de constitucionalidade** das leis no Brasil (controle difuso, *incidenter tantum*) e dos **atos administrativos** e, ainda, no **sistema uno de jurisdição**.⁵⁰

1.1.3 O “Paradoxo Metodológico” Brasileiro: *Common Law* (Processo Constitucional) e *Civil Law* (Processo Infraconstitucional)

Por força da Revolução Francesa, com a queda do antigo regime, no qual o soberano representava a última palavra e a Justiça Divina, erigiu-se, na Europa, o sistema dual de jurisdição. De um lado, o contencioso cível tratava das questões entre particulares e da

⁴⁸ Adota-se aqui a composição clássica de Montesquieu. Deixa-se de lado os avanços das novas tentativas dos constitucionalistas de oferecer arranjos mais contemporâneos para a teoria da divisão de poderes do Estado, a exemplo do trabalho do Prof. Cezar Saldanha de Souza Junior sobre a hexapartição dos poderes, elaborado com referência no conhecido texto de Bruce Ackerman. Saldanha propõe um sistema de “**governamentalismo com tribunal constitucional**” em oposição à teoria de Ackerman por um *constrained parliamentarism* (“parlamentarismo mitigado”). Cf. SOUZA JÚNIOR. **O Tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**, p.128; ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, vol. 113, p. 633-729, jan. , 2000.

⁴⁹ A Constituição de 1891 sofreu influências de três Constituições: **a argentina, a suíça e a norte-americana**, sendo a última, de longe, aquela que conformou melhor o texto constitucional, até pelo seguinte motivo: “A influência americana é a que se percebe, até porque aos Estados Unidos coube exercer sobre toda a América Latina uma ação profunda e decisiva”. Mas isso não significa que tenha sido cópia pura e simples. Cf. LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 226-227 (ed. fac-similar). Sobre a Constituição Republicana Cf.: BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. V; MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Santos, 1918; SILVEIRA, José Neri. Dimensões da independência do Poder Judiciário. In: **O PODER Judiciário e a nova Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1985. p. 231-273; SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 56-57. v. II; VARELA, Afredo. **Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais**. Brasília: Senado Federal, 2002; SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, tomo IV (art. 129-141§ 14). 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960; PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**, tomo V (arts. 153, § 2º -159). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 104-115.

⁵⁰ Já decidi o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, sobre a existência do sistema no Brasil e seu caráter constitucional decorrente da hermenêutica do art. 2º da CF/88. Para ilustrar, transcreve-se o excerto de julgado recente: “Como sabido[no Brasil], **adota-se o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), por meio do qual os Poderes do Estado interagem, ainda que se valendo de funções que não lhes sejam típicas, de sorte a permitir uma fiscalização mútua que concretize a conjugação harmônica das principais funções estatais** (legislar, executar as leis e aplicá-las nos casos concretos).” STF - Pet 1302/DF. Min. Relator Maurício Correa, data do julgamento 03.02.2003.

violação dos direitos subjetivos do cidadão; de outro, o contencioso administrativo, no qual as questões referentes às relações indivíduo/Estado eram solvidas frente ao conceito equivalente - os interesses legítimos.

No Brasil, de outra forma, não se fracionou a jurisdição. Desde a República, ao estilo dos Estados Unidos da América do Norte, contamos com um único contencioso: o pleito cível *lato sensu* ou sistema uno de jurisdição.⁵¹

A primeira abordagem a ser feita neste estudo refere-se ao controle do poder e à possibilidade de **revisão judicial** no direito brasileiro. Falar sobre o tema exige ressaltar, mais uma vez, que a Constituição Federal de 1891, primeira Constituição da República, inovou o sistema jurídico nacional ao trazer influências do direito norte-americano e inseriu peculiaridades que, entre nós, geraram um **sistema jurídico híbrido**.

O **cruzamento** ocorreu entre a “tradição” do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a “tradição” **romano-germânica**, predominante na Europa continental, do qual recepcionou-se o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o penal.⁵²

Uma pequena, mas significativa, digressão se revela necessária. Adota-se, aqui, a denominação “**tradição**”, proposta por Merryman em substituição à denominação “**sistema**”, proposta por David. Esta atitude impõe-se para evitar a confusão entre os modelos

⁵¹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p.100. Cf., ainda, as notas 10, 11 e 18 de Dinamarco ao “Manual de Direito Processual” de Enrico Túllio Liebman (LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1).

⁵² Neste sentido conferir, também, o brilhantismo do pensamento lúcido e experienciado de Adroaldo Furtado Fabrício. FABRÍCIO. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: **Ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, (s/d), p. 403-420. esp. p. 409.

apresentados e os sistemas jurídicos internos, bem como para facilitar a aproximação das linhas mestras dos diversos sistemas nacionais.

Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos diversos (como o da França e o da Alemanha) **como pertencentes ao mesmo grupo**. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), serve mais para identificar *um conjunto de atitudes fundamentais*, profundamente arraigadas, **historicamente condicionadas**, sobre **a natureza do direito**, sobre seu **papel na sociedade e no corpo político**, sobre as **operações adequadas de um sistema legal**, sobre **a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o Direito**. Desta forma o estudo das tradições jurídicas: “coloca o sistema dentro da perspectiva cultural”. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua **formação cultural**.⁵³

Por isso é correta a leitura que identifica a tradição como um processo de amadurecimento e entendimento cultural de uma determinada comunidade jurídica, que lhe contextualiza, lhe dá sentido e significação:

“A tradição legal forma parte da cultura, uma parte muito antiga, profundamente arraigada, firmemente sustentada. As relações existentes entre as idéias legais básicas e as atitudes sociais, econômicas e políticas igualmente profundas, são muito estreitas e complexas. O direito obtém sentido do resto da cultura, a que por sua vez lhe dá sentido, e é inseparável desta.” (MERRYMAN).⁵⁴

⁵³ Cf. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, 1989, p. 17. Cf., sobre a noção de sistemas jurídicos, DAVID, Renè. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵⁴ Cf. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, p. 269.

Ao lado dessas considerações, impõe-se verificar que o direito processual civil é ramo do direito público, ligado intimamente ao fenômeno do poder; se por um lado é natural que no campo do direito privado o desenvolvimento fosse *pari passu* com a ciência européia, por outro, como bem ressalta Dinamarco: “o que não é natural é o comprometimento tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas de direito público”.⁵⁵ Mais tarde Dinamarco irá identificar, aqui e com razão, um “**paradoxo metodológico**”⁵⁶ na nossa “tradição” processual.

Veja-se bem, a “tradição” brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições européias e norte-americana, daí o seu hibridismo.

O “paradoxo”, entendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste justamente em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa-continental, esta última, mais notadamente, em 1973, com o “Código Buzaid”.⁵⁷

⁵⁵ O autor afirma que o nosso direito público tem forte influência do sistema norte-americano, DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**, p. 50. As idéias expostas por Dinamarco são atribuídas pelo autor à **Galeno Lacerda**, expressas em aula proferida na Faculdade do Largo de São Francisco a convite do professor paulista em 22 de agosto de 1978. Cf. LACERDA, Galeno. Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire. **AJURIS**, ano XXII, n. 63, p. 36-53, março, 1995.

⁵⁶ DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. I., p. 176.

⁵⁷ De todo, o que resta ainda perquirir e revelar, porém em outro espaço, é a influência das fontes luso-brasileiras em nosso contexto cultural atual. Sobre o tema cf. FAORO. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. revista. Porto Alegre: Globo, 2001; HOLANDA. **Raízes do Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971; LEAL. **Coronelismo, enxada e voto**, 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. Destaque-se, sobre as Ordenações, que: “O processo civil desenhado nas Ordenações (tanto Afonsinas, como Manuelinas e Filipinas) é um típico exemplo de processo comum, forjado pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo. Suas soluções são soluções muitas vezes de força (como se percebe com bastante nitidez em alguns institutos, como, por exemplo, nas “cartas de segurança”, com o vinco mandamental a toda prova), com **adiantamento de execução à cognição** (como nas nossas antigas ações cominatórias), **atitude típica do direito germânico mais remoto**, nada obstante a firmeza da concepção de juízo como um ato de três pessoas, a denotar a fiel observância do contraditório e da imparcialidade na decisão da causa, herança indubitavelmente romana, e o **tom conciliatório agregado à figura judicial, de corte canônico**. O procedimento era **secreto e escrito, essencialmente dominado pelos princípios da demanda e dispositivo, dividido em fases bem distintas** (sistema de preclusão por fases, com larga adoção das técnicas da eventualidade e da concentração), **rigidamente regrado com relação à formação da prova. A racionalidade que informava o fenômeno jurídico era uma racionalidade prática, voltada a orientar a ação dos sujeitos envolvidos na dialética processual**, pronta para resolução das questões postas para discussão.” MITIDIERO, **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo no processo civil brasileiro**, p. 122-123.

Ocorre que o **direito processual civil brasileiro** não difere o tratamento entre “particulares” e partes estatais, não existindo um contencioso administrativo para julgar as afirmações de lesão atribuídas ao Estado. Ademais, revela-se sem importância para a tutela a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções que sejam afirmadas como direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções que sejam afirmadas como direito público.⁵⁸ Nomeou-se essa concepção, na qual se tratam “pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado”, de **pleito cível lato sensu**, Uma justiça igual, sob uma só lei processual.⁵⁹

A **unicidade do pensamento europeu-continental** no direito público decorre da influência ideológica de idéias e tendências que se manifestaram primeiramente no plano filosófico e político. A sentida presença de **Montesquieu** e de **Rousseau**. Em todo o **continente europeu**, no que concerne ao desenvolvimento do **direito público**, aparece essa tendência que conformou a lógica dos juristas.⁶⁰ Aí se vê, justamente, que foi a doutrina de direito público erguida, nesses sistemas (europeu-continentais), sobre as bases do **contratualismo e da divisão tripartite (estanque) dos poderes**.

Alvaro de Oliveira, analisando os aspectos que concernem à amplitude do acesso à jurisdição nos sistemas “europeu-continentais” e do *common law* face ao sistema nacional, na perspectiva do formalismo, salienta criticamente que:

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Tomo I, p.46.

⁵⁹ Transcrevemos a lição: “... quanto à parte ou alguma ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, **sem que tenha qualquer importância a diferença** entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham **nascido no direito privado**, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham **nascido no direito público**. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda se não chegou à concepção do **pleito cível, lato sensu, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado**, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias; leis, regulamentos, avisos, portarias), mas **estabelecida a justiça igual sob lei processual igual**, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais...”(sem negrito no original). PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I, p.46.

⁶⁰ DAVID, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 73.

“Na chamada **família romano-germânica**, as regras jurídicas são concebidas como **normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral [universalizante e objetiva]**, e a ciência jurídica exibe como **tarefa fundamental a determinação dessas normas (...)**” “Absorvida nesse trabalho, a **‘doutrina’ muito pouco se interessa pela aplicação do direito**, deixando esse aspecto para os práticos do direito e da administração.” (ALVARO DE OLIVEIRA)⁶¹

A esse viés se contrapõe o direito anglo-americano, mais afeito ao estudo dos casos práticos e mais acostumado a construir o direito sobre os problemas concretos que se apresentam.⁶² Por outro lado, o sistema do *common law* norte-americano tem jurisdição una e conta com o sistema de **freios e contra-pesos** e a possibilidade do controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*).

Importante apontar que atualmente a perspectiva metodológica da Europa-continental sofre novos influxos, principalmente pela valorização da jurisdição constitucional em países como a Alemanha e a Espanha, sendo notável a doutrina que se forma no entorno aos precedentes dos Tribunais Constitucionais desses países, bem como, os “modelos” que deles exsurtem para a aplicação prática. Em certa medida, trata-se de uma ruptura com a moral objetiva e com a razão pura. Um retorno à racionalidade da experiência.⁶³

Aqui se deve frisar, novamente, que o sistema jurídico brasileiro, quando recepcionou o direito constitucional norte-americano na Constituição de 1891, passou por uma revolução copernicana. Seguiu daí retirando as diretrizes básicas em que hoje se apóia, por um lado, na vastidão da disposição expressa do artigo 5º, inc. XXXV da CF/88, pelo qual não se pode excluir à apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (*rectius*:

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p.89-90.

⁶² Como foi explorado por Giuliani, a fissura ocorrida no direito comum, pela interferência do direito canônico na tradição de *civil law*, impediu que as fontes romanas e gregas contaminassem (sic.) com juízos de probabilidade o nascente processo medieval romano-germânico. Contudo, os juízos de probabilidade gregos vingaram na tradição de *common law*. Cf. GIULIANI. **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**. Milano: Giuffrè, 1971.

⁶³ Cf. SANTOS. Boaventura de S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

afirmação), e, por outro, na efetividade de *writs* postos à disposição da cidadania, como o habeas corpus, o mandado de segurança (coletivo e individual), o *habeas data* e o mandado de injunção.

Como se deu essa recepção e em que ela consiste são as preocupações que assaltam ao jurista preocupado com essa nossa matriz constitucional do processo. A matriz processual constitucional de *common law* que se herdou e desenvolveu no curso da afirmação histórica e cultural do povo brasileiro: a inafastabilidade da jurisdição como último bastião da Justiça.

1.1.4 A Teoria da Recepção Constitucional

A recepção constitucional vem sendo analisada modernamente como um rico processo de construção do Direito. A dimensão e importância do estudo desse fenômeno toma espaço na tentativa de unificação do direito constitucional europeu ao ponto de, como que em um retorno na espiral evolutiva da História, ter-se procurado identificar elementos de um direito comum europeu.⁶⁴

A questão da recepção constitucional de institutos desenvolvidos no direito estrangeiro, nos diversos ordenamentos jurídicos e no direito internacional, por meio de tratados e códigos tipo, é muito relevante no atual contexto das constituições européias e, pode-se afirmar, em qualquer contexto de busca por uma universalização dos direitos humanos fundamentais.

⁶⁴ HÄBERLE. Derecho constitucional común europeu. In: PEREZ LUÑO (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. pp. 187-223.

Trata-se, aqui, de identificar uma teoria geral dessas recepções que faculte entender o meio pela qual elas atuam e quais suas diversas espécies e conseqüências. Esse fator é utilizado como elemento de união entre as culturas constitucionais e, portanto, faz parte de um quadro mais amplo de recepção das próprias culturas de outros povos civilizados. A recepção jurídica se mostra assim sobre o contexto de uma doutrina constitucional como “ciência da cultura”, parte de processos muito mais amplos de recepção cultural.⁶⁵

Toda a recepção é parte de um processo cultural geral. A teoria da constituição vista por este ângulo abarca a noção de contexto, sendo a cultura um fator de configuração dessas recepções. No Direito, podemos ressaltar com facilidade alguns exemplos notórios de recepções gerais, como: a recepção do Direito Romano, na Europa, no começo da modernidade; a vitória do federalismo norte-americano de 1787; os catálogos positivados de Direitos Humanos de 1776 (Virgínia), 1789 (França) e 1948 (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão); e, particularmente importante, a **recepção do direito civil e processual civil francês** (Códigos de Napoleão).

Interessante e ilustrativa é a visão do mapa dessa última recepção na Europa do século XIX, traçado por Hobsbawm.⁶⁶ Salienta-se, como é do conhecimento geral, que **essa recepção representa, no contexto, a recepção cultural do paradigma científico moderno no Direito europeu**, pondo fim ao predomínio do *Ius Comune*. São todos, portanto, processos de recepção cultural, dentro de um contexto mais amplo, como foram os processos decorrentes do Renascimento das artes da cultura grega no cenário da baixa Idade Média européia, do Iluminismo e do Racionalismo no começo da Idade Moderna, da universalização

⁶⁵ HÄBERLE. Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ LUÑO (coord.) **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.p. 151-185. p.151.

⁶⁶ Cf. HOBBSAWM. **A era das revoluções**. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 340, mapa n. 9.

das obras de Beethoven, de Goethe e de Thomas Mann, e hoje, da **própria ideologia democrática na política**.

Para além dessa concessão de cunho unificador, ocorre também a necessidade de reconhecer a influência que esses processos de recepção tiveram dentro do próprio Estado receptor, a maneira como se processou historicamente a recepção e como se desenvolveram os institutos recepcionados.

Häberle fala, nesse sentido, em **teoria da constituição** como **ciência experimental**, procurando demonstrar que as **cláusulas culturais** e os **preâmbulos das Constituições** são formas especiais de manifestação a esse respeito. Assim, os artigos que regulam os hinos, a bandeira, a língua oficial, os dias festivos, criam um evidente modelo de identificação coletiva e cultural cidadã. É o caso, por exemplo, da Constituição Européia nascente que irá adotar, se aprovada, como hino da União Européia, a parte final da IX Sinfonia de Beethoven, contendo o poema de Schiller, “Ode a Alegria”, sobre a universalidade dos homens.⁶⁷ Outro exemplo é a alteração topológica do capítulo referente aos direitos fundamentais do fim para o início da nossa Carta Magna e o acréscimo de “princípios dialéticos”, como o contraditório, para a formação de atos decisórios da Administração Pública e do Judiciário Cível. Tratam-se de recepções decorrentes das experiências positivas e negativas da vivência constitucional de um determinado Estado.

Como foi dito, isto nada mais expressa do que algo natural, imanente à própria natureza humana:

⁶⁷ SCHILLER, An die Freude (Ode a Alegria), 1786.

“A relação de experiências positivas ou negativas de outros Estados com seus textos constitucionais, suas sentenças judiciais, sua ciência e *praxis* cotidiana, quer dizer, a recepção de conteúdos aparece por isto como um fenômeno tão normal e imprescindível, que não existe nenhuma surpresa em relacioná-lo com a própria condição humana”.(HABERLE)⁶⁸

É no acúmulo das experiências sociais e da sua influência, muitas vezes recíproca, na vida prática do direito, que se desenham **os processos de recepção jurídica para atender as demandas ou forjar demandas inexistentes.**

É justamente dessas “experiências cristalizadas” na prática brasileira que se irá tratar aqui. Além da mera recepção, **toda recepção é uma reprodução criativa.**⁶⁹

Quando de algum modo surgem **déficits** nos Estados constitucionais para resolver um problema no âmbito das funções dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, a doutrina, a prática jurídica e, mais recentemente, a jurisdição constitucional começam a busca por **soluções arquetipo.**⁷⁰

⁶⁸ Isso porque, na continuidade da lição: “también el ser humano vive de su pasado, de sus experiencias (a veces de sus ‘heridas’), acumulándolas en su pensamiento y acciones. El tipo “Estado constitucional” y su ciencia: la “Teoría de la Constitución”, se hallan vinculados, por tanto, sólo a dicha realidad antropológica, cuando asumen sus experiencias y las convierten en sistemas jurídicos. El Derecho, como manifestación cultural, ‘significa también Derecho como expresión de experiencias cristalizadas’. Cf. HÄBERLE, **Elementos teóricos de um modelo general de recepção jurídica**, p. 155 (tradução livre).

⁶⁹ A recepção se dá como uma reprodução criativa, para além dos processos ativo e criador de fora (direito externo). Segue-se um processo re-criativo e não meramente passivo nos ordenamentos internos. “*Prima facie* podríamos decir que ‘recepción, desde una perspectiva puramente lingüística, significa que un primer proceso productivo ‘activo’ y *creador* que surge desde fuera le sigue igualmente otro proceso ‘pasivo’ y siempre recreador...Lo que a veces parece una mera recepción pasiva se convierte, al contemplarlo de forma más precisa en el transcurso del tiempo, en un fenómeno creativo que es justamente lo que debe ser.” (Id.,Ibid., p 156)

⁷⁰ Como bem observa Häberle hoje esses processos se tornam muito mais eficientes e velozes dada a maior “uniformidade do mundo” em razão dos meios de comunicação e outras facilidades como a mais rápida difusão das “modas” e o maior contato com o “externo”. Ibid.

No **Brasil**, para os efeitos desse estudo, pode-se identificar **duas grandes recepções** em direito processual civil, a da **Constituição de 1891**, que recepciona o modelo processual constitucional dos Estados Unidos da América do Norte e a do **Código de Processo Civil de 1973**, que, ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, revela **a recepção tardia do Direito napoleônico**.⁷¹ Trata-se da recepção da tradição romano-germânica, visto que até essa data ainda estava presente em nossa experiência forense e na legislação pátria grande quantidade de direito comum europeu decorrente das influências do direito reinol (Ordenações do Reino de Portugal).⁷²

Dessa dupla recepção decorreu o chamado **“paradoxo metodológico”** (DINAMARCO) de se ter, ao mesmo tempo, uma cultura processual constitucional voltada para a tradição do *common law*, o que significa dizer, exemplificativamente, que apresentam-se de um lado, o controle de constitucionalidade (difuso), os *writs* constitucionais e o pleito

⁷¹ Cf. LIEBMAN. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, 1962, *passim*; ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 59-60. Com especial destaque para a percepção do autor das vantagens decorrentes da publicização do processo naquele momento histórico (em que se arrefecia o rígido “princípio dispositivo” das Ordenações): “a **maior atividade do juiz** preconizada pelo novo diploma não constitui apenas mero produto do regime autoritário, mas sim **conseqüência direta da natureza pública do processo** e de sua evolução conceptual e doutrinária.” Id., p. 60. Na expressão de Mitidiero: “Neste especial, a propósito, cumpre assinalar a primeira particularidade que singulariza a experiência jurídica brasileira: **até o advento do Código de Processo Civil vigente, o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado** (livramo-nos, por certo, da ‘radical renovação dos princípios de direito processual’ propiciada pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, **consequimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural**). Como é cediço, mesmo após a nossa independência, continuaram a ter vigência no Brasil as Ordenações Filipinas, sendo que o processo civil brasileiro só fora alcançado por legislação nacional quando o **Decreto n. 763, de 1890**, mandou que se aplicasse ao foro cível o **Regulamento n. 737, de 1850** (que, nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas, manteve basicamente a estrutura do processo, particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional). Antes, **a Consolidação Ribas, aprovada por Resolução Imperial de 1876, havia apenas recolhido o direito luso-brasileiro então aplicável à praxe forense**, tornando-o mais facilmente identificável. Neste panorama, **o papel da doutrina fora enorme: cumpria-lhe subsidiar a aplicação do direito luso-brasileiro, então lacunoso e imperfeito, sobre indicar soluções mais rentes à ordem do dia, quicá alçando mão do direito comparado e da autoridade de doutrinadores estrangeiros** (aqui, pois, aquilo que Judith Martins-Costa denomina de ‘bartolismo’, deveras impregnado em nossa tradição jurídica).” MITIDIERO, **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo no processo civil brasileiro**, p. 123-124. Em sentido contrário, Dinamarco afirma que os códigos de processo de 1939 e 1973 são “substancialmente análogos”, sem, contudo, deixar de observar a “muito grande superioridade técnica do segundo Código de Processo Civil sobre o primeiro.” Ressalte-se que, em certa e estrita medida (*cum grano salis*), assiste razão à Dinamarco, pois são os dois diplomas já o fruto da fase autonomista da ação e impregnados dos ideais racionalistas (cientificização do direito). Cf. DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. I., p. 278-280.

⁷² Por todos, vale relembrar o atestado do grande mestre da Escola Paulista de Direito Processual Civil, cf. LIEBMAN, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, *passim*.

cível *lato sensu* e especialmente a atipicidade das ações: “*remedies precede rights*” (os remédios precedem os direitos),⁷³ do direito de *common law* (art. 5º., XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”); e de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do CC/1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do CPC/73: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. **No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais...**”), a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica. Nesse quadro os princípios teriam a função limitada que lhes atribue o art. 4º. da LICC, uma função posterior, subsidiária, a da aplicação dos costumes e da analogia, mera colmatação de lacunas. A mudança do novo paradigma constitucional inclui na sua força normativa também os princípios, que passam a desempenhar o papel principal, de destaque, na unicidade da Constituição.⁷⁴

Trata-se aqui, mais particularmente, da recepção da tradição de *common law* no que diz respeito ao sistema de **freios e contrapesos** para o controle do poder, em que a última palavra será do Poder Judiciário. Ressalta-se o *judicial control* existente na tradição norte-americana justamente para garantir **a aplicação da Constituição rígida e sua permanência na sociedade.**

Em primeiro lugar cumpre observar que se tratou de uma “**recepção cruzada**”. Os institutos e a prática, que agora absorvidos na nossa Constituição Republicana, foram trazidos do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e não do próprio texto constitucional norte-americano (*Marbury v. Madison* - 1803).

⁷³ Conhecida imagem de Maitland: “*the remedies precede rights*”. Cf. MAJO. **La tutela civile dei diritti**. 2ed. Milano: Giuffrè, 1993. p. 71.

⁷⁴Sobre o art. 126 do CPC e sua abertura para a “juridicidade” no direito brasileiro cf. MITIDIERO, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2004, p. 532-536 (t. 1).

Häberle acentua essa espécie de recepção entre as possíveis recepções afirmando que são “recepções cruzadas”: “as que se produzem quando o ente constituinte assume o que em outro lugar uma sentença constitucional pioneira havia elaborado de forma incipiente.”⁷⁵

Nesse mesmo contexto é importante frisar que **as recepções dão-se e se desenvolvem no tempo**. Trata-se de perceber o complexo conjunto de situações que resulta na “cultura constitucional” decorrente das opções filosóficas, da experiência histórica e das próprias premissas sociais específicas da nação receptora em seu contexto social próprio.⁷⁶

⁷⁵ Outras espécies de recepção seriam a **recepção múltipla**, na qual ocorreriam vários processos de recepção concomitantemente no tempo, por exemplo um parlamento constitucional posterior recebe a norma constitucional (Espanha em 1978 recepcionou a regra do art. 19.2 da Lei Fundamental de Bonn sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais) e em seguida o Tribunal Constitucional adota jurisprudências da Corte Constitucional do país originário da norma para conformar-lhe o conteúdo (a Corte Constitucional Espanhola adotou jurisprudência do *BundesVerfassungsgericht* nos seus julgamentos após a recepção da norma constitucional em 1978). Outra forma de recepção múltipla seria a decorrente de uma ligação entre Estados, por exemplo a Espanha adota uma determinada orientação constitucional alemã e o Peru copia a norma espanhola. Contudo, segue uma importante advertência: freqüentemente a recepção se limita unicamente à mera recepção textual, limitando-se a exegese posterior à tradição mais prosaica; quer dizer, “a reproduzir os próprios modelos hermenêuticos...” HÄBERLE. **Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica**, p. 164. Pode-se referir, ainda, a “**recepção bumerangue**”, em que uma determinada idéia constitucional retorna ao seu país de origem transformada pela recriação no país receptor (exemplo dos direitos fundamentais como objetivos educacionais na Alemanha); a **recepção concorrência**, na qual os exemplos estrangeiros para solução de um dado problema constitucional são muitos e, portanto, compartilham do espaço de construção do que será o direito recepcionado. Aqui Häberle chama atenção para a possível formação de um “**direito amálgama**” que incluiria no contexto as diversas influências recepcionadas. Por último, as “**recepções recusadas**” ou “malogradas” que são aquelas em que, apesar da inclusão textual, não foi possível ir adiante com a recriação do direito no país receptor, tendo vencido, na interpretação e aplicação da norma, o costume e a prática anteriores à recepção. Häberle fala ainda em **recepções jurisprudenciais**, ao lado das **recepções textuais**, que seriam espécie de **recepção hermenêutica** e que tomam excepcional espaço no contexto de uma reforçada Corte Européia de Direitos Humanos e de um Tribunal de Justiça Europeu. Essas e, em especial, a Corte Européia de Direitos Humanos, têm exercido um importante papel de mediador nas recepções constitucionais nos diversos países europeus: “La Corte Europea de Justicia ha aportado indiscutiblemente argumentos para lograr una ‘comunidad Europea de derechos fundamentales’” Id., p. 178. nota 70.

⁷⁶ Na expressão autorizada de Häberle: “Consideremos el *factor tiempo*. Por más que durante el momento de la recepción del texto, sentencia o doctrina jurídica predomine la ‘materia foránea’, con el transcurso del tiempo termina por desarrollarse ‘lo recibido’ en el complejo marco de coordenadas del propio sistema del Estado constitucional receptor, cuya cultura constitucional e intérpretes ejercen igualmente su influencia sobre “el objeto de recepción”, pasando a formar parte *integrante* del nuevo medio cultural; de este modo se va adquiriendo un *perfil propio*; en una palabra: *su propia autonomía*. Debido a todo ello, **los procesos de apropiación de las recepciones resultan procesos creativos**.” Ou seja, “La ‘tesis contextual’ aparece así como um concepto clave de los fenómenos de recepción y reproducción.” HÄBERLE, **Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica**, p.158.

Os processos de recepção do direito constitucional norte-americano, principalmente no âmbito da jurisdição, que é o que toca mais proximamente aqui, deram-se e podem ser referidos como modelo-tipo para o estudo dos processos de recepção constitucional elencados por Häberle.⁷⁷

Como será demonstrado em seguida, pós 1891 ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana, quer no próprio texto constitucional, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁷⁸ que conduziram ao processo constitucional que se tem hoje. Mais ainda, com a EC 45/04 à Constituição de 1988, deu-se mais um passo na **recepção do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais pátrios**, conferindo uma necessária estabilidade ao Direito, decorrente das decisões dos órgãos judicantes e fechando um círculo de recepção constitucional começado com a República.

1.1.5 A Constituição de 1891 e as Doutrinas Nacionais do *Judicial Review* até o Advento da Constituição Federal de 1988

Retoma-se o tema do desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro do controle de poder. Cabe referir, primeiramente, as origens remotas do controle de poder no Direito lusitano. Aqui, como é comum acontecer, o tema do controle de poder se vincula ao contexto

⁷⁷Ressalta-se, com apoio em Häberle, as seis causas e procedimentos pelos quais poderá dar-se a recepção: a) a **reforma constitucional total** (ex., CF/88); b) a **revisão parcial da Constituição** (ex., EC/45 – recepciona a possibilidade de internalização dos direitos humanos decorrentes de tratados assinados pelo Brasil); c) a **legislação infraconstitucional**; d) a **jurisprudência constitucional**, na qual o jurista inclui a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional Européia; e) através da doutrina, da teoria da constituição; f) **pela prática jurídica** (“práxis jurídica”, inclusive a práxis administrativa). HÄBERLE, **Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica**, p. 161.

⁷⁸Lembramos: recepções podem ser efetuadas pela Constituição – originariamente ou mediante processo de reforma, pela jurisprudência, pela doutrina constitucional e pela prática administrativa.

histórico.

Portugal consolidou-se como reino muito antes dos demais Estados europeus. Isso possibilitou, muito cedo, uma grande coesão lingüística e a centralização do poder nas mãos do Rei. A formação do Direito tornou-se necessariamente estável para garantir essa estrutura e daí a exigência natural de controle dos poderes menores pelo soberano. Bem como, a afirmação correta de que Portugal adiantou, em muito, **o centralismo absolutista**.⁷⁹

A “apelação extrajudicial” era um instituto com a exata finalidade de levar ao Rei as reclamações decorrentes de ofensa ao direito perpetradas por outras esferas de poder (as universidades, as corporações de ofício etc). Teria surgido nas Ordenações Afonsinas (1446), Livro III, Título LXXX, § 1º, tendo tido o mesmo destaque nas Ordenações Manuelinas (Liv. III, Tít. LXII, 1521) e nas Ordenações Filipinas (Liv. III, Tít. LXXVIII, 1603).⁸⁰ Além das “apelações extrajudiciais”, seriam igualmente antecedentes históricos do mandado de segurança, ações vocacionadas ao controle do poder, as “seguranças reais”⁸¹ e os “recursos de revista”.⁸²

Pontes de Miranda, também sensível à aplicação do direito lusitano em solo pátrio, afirma, “é interessante, histórica e dogmaticamente, lembrar-se que o remédio jurídico processual para as espécies que hoje são examinadas em ação de mandado de segurança foi,

⁷⁹ Consoante clássico em nossa literatura: “Define-se, a partir da corte [séculos XII e XIII], a distinção entre *dominare*, reservado à nobreza territorial, e o *regnare*, exclusivo do príncipe, embrião da futura doutrina da soberania, cujo proprietário será o rei... São as vésperas – vésperas de alguns séculos – do absolutismo.” Cf. FAORO, **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**, p. 29.

⁸⁰ Sobre as influências dos antecedentes luso-brasileiros ver breve notícia em FIUZA, Ricardo M. Mandado de segurança: notícia histórica. In: TEIXEIRA (coord.). **Mandados de segurança e injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 41-63.

⁸¹ Id., *Ibid.*, p. 46-50.

⁸² Recurso de revista: “O recurso de revista existia nas *Ordenações Filipinas* (Livro III, Título 95) na forma de um pedido de ‘graça especial’...Tratava-se de uma **regalia (privilégio do rei) de interferir afinal no processo judicial e era usada como instrumento de controle**.” LOPES. **O direito na história – lições introdutórias**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 297.

por muito tempo, objeto de exame em remédio jurídico recursal: a **apelação extrajudicial**".⁸³

O autor continua a lição aduzindo que o mandado de segurança utilizou-se da técnica do *habeas corpus* para dar vazão a um instituto já anteriormente existente na cultura jurídica luso-brasileira:

“A ação de mandado de segurança foi concebida para se adaptar à técnica do *habeas-corpus* **o que nos vinha da apelação extrajudicial ou de atos extrajudiciais**. O mandado de segurança é remédio jurídico judiciário, adotado no Brasil por sugestão das pretendidas extensões que tivera o *habeas-corpus*, na feição primeira da ação, ao tempo da Constituição de 1891” (PONTES DE MIRANDA).⁸⁴

Reafirma, ainda, que este instituto sempre existiu com o propósito de tutelar a lesão a direito líquido e certo, praticada por autoridade pública

“O juiz ou a autoridade pública que ofende direito certo e líquido, hoje, como outrora, está sujeito a remédio jurídico processual que foram a *apelação extrajudicial* e o interdito *unde vi*, e hoje é a ação de mandado de segurança. O meio termo foi a *querela* ou *imploração*, mas aí o ofensor seria particular” (PONTES DE MIRANDA).⁸⁵

No período imperial, as ordenações tiveram plena vigência até o Regulamento 737/1850,⁸⁶ que disciplinou a matéria comercial. Por extensão, já no governo provisório da República, o Decreto 763/1890 determinou a aplicação daquele regulamento às causas cíveis.

A verdadeira **revolução copernicana no direito processual constitucional** foi o recepção do **sistema de freios e contrapesos** para o controle do Poder. **O Poder Judiciário passou de Poder subalterno a exercer a função principal de mediador** entre os poderes,

⁸³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. VI, p. 44.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, p.46-47.

⁸⁵ Id., *Ibid*, p.51.

⁸⁶ “O Regulamento 737 não alterou tão substancialmente o processo. Apenas lhe deu ordem e sistematicidade de exposição.” Cf. LOPES, *O direito na história – lições introdutórias*, p.298.

por meio do *judicial control*. Garantia, assim, a adequação dos atos dos demais Poderes do Estado, e dos seus próprios, ao texto constitucional.⁸⁷

Isso porque a Constituição Republicana pela primeira vez possibilitou o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. O art. 35 rezava que: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: ...§ 1º Velar pela guarda da Constituição e das leis.” **A partir da República, antes mesmo da Constituição, o Poder Judiciário ganha status de poder soberano. A função que antes era atribuída ao poder moderador, de zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos, passa a ser atribuída ao Poder Judiciário.**⁸⁸ Para tomar ciência dessa realidade basta confrontar a exposição de motivos do Decreto 848/1890:

“De Poder subordinado, qual era, transforma-se em Poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, afim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão (BARBALHO).⁸⁹”

Tal conformação institucional seria impensável **na matriz revolucionária francesa**, na qual **o Judiciário era, sabidamente, o “menor” dos poderes políticos**. No Império (Constituição do Brasil de 25 de março de 1824) não havia controle de constitucionalidade, os

⁸⁷ Lopes afirma com razão que **o Poder Moderador foi transferido em parte para o Poder Judiciário com o advento da República**, seguindo o melhor estilo do direito norte-americano. É esse **Judiciário “que terá a competência para arbitrar conflitos entre poderes e rever a constitucionalidade das leis.”** Importante: “Enquanto durar o Império [mas já corroído pelos ideais liberais, também consequentemente nos primeiros anos da República], **nem mesmo os liberais estarão dispostos a uma solução destas: é que em boa parte, o exemplo de monarquia constitucional que os atrai é a Inglaterra**, e ali os atos do rei e do parlamento não podem ser revogados por revisão judicial.” LOPES, **O direito na história – lições introdutórias**, p. 322.

⁸⁸ Contudo, como a formação jurídico-política do Estado brasileiro é híbrida, essa soberania ficou muito limitada, ainda vigia com toda a sua força o modelo de Estado Liberal no qual **o juiz era a garantia das relações entre indivíduos, mas não frente ao Estado**.

⁸⁹ O Decreto 848 de 14 de outubro de 1890 organizou a justiça federal durante o governo provisório “sobre as mesmas bases e a mesma orientação que vieram a prevalecer na Constituição”. Cf. BARBALHO. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 222. ed. fac-similar.

poderes eram divididos em quatro: Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário (art. 10),⁹⁰ e o controle desses poderes era exercido pelo Imperador por meio do Poder Moderador (art. 98). A Constituição Imperial era semiflexível (art. 178),⁹¹ adotava, ainda, religião oficial (art. 5º).⁹²

Como o Estado adotava a forma unitária, também o Poder Judiciário representava essa unidade. Na dicção do art.98:

“O **Poder Moderador** é a chave de toda a organização política, e é **delegado privativamente ao Imperador**, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente **vele** sobre a manutenção da Independência, **equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos**. (NOGUEIRA).⁹³

Diferentemente, a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 consolidou a República, que já estava prevista desde o Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889. Além de laicizar o Estado, tornou-o uma federação e extinguiu o Poder Moderador.⁹⁴ Essa mudança de realidades na ponta de uma pena, em um golpe de caneta, não fugiu aos olhares críticos: acusavam-na de irreal e forçada.⁹⁵ Ao mesmo tempo a Constituição nova, depois de longa

⁹⁰ “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.” Cf. NOGUEIRA. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

⁹¹ Como bem anota MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 05.

⁹² “Art. 5º. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.” Cf. NOGUEIRA. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

⁹³ Cf. NOGUEIRA. **Constituições Brasileiras: 1824**. (sem grifos no original).

⁹⁴ Não escapava à crítica a opção pela tripartição de poderes. Para uma crítica ácida que propõe o **centralismo do poder** como única solução. Verificar VARELA. **Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais**. Brasília: Senado Federal, 2002. esp. p.101, ss.

⁹⁵ “Abolida a Constituição de 1824 pelo Movimento de 15 de novembro de 1889, foi convocada uma Assembléia Constituinte, mediante uma ação e uma legislação eleitorais que asseguraram ampla maioria aos republicanos. Coube a Rui Barbosa a elaboração de projeto, calado no constitucionalismo norte-americano. Com as modificações introduzidas pela Assembléia, veio a ser aprovado e, a final, promulgado, em 24 de fevereiro de 1891. De uma penada, o Brasil que era um Estado monárquico, parlamentarista e unitário descentralizado, passa ser um Estado republicano, presidencialista e federativo.” SOUZA JÚNIOR, **Constituições do Brasil**. p. 37. Disso extraiu a seguinte consequência: “A Constituição de 1891 foi a mais *nominal* de toda a nossa história. Boa parte de suas disposições referentes à ordem política *stricto sensu*, que por natureza gozam de eficácia imediata, não tiveram a devida vigência na realidade.”Id., p. 44. Uma pequena precisão é necessária: foram elaborados três projetos por uma comissão composta por cinco notáveis. Foi Rui Barbosa (05.11.1843 - 01.03.1923) que revisou os três projetos elaborados e reunidos em um só pela comissão composta por Joaquim Saldanha

discussão, na medida em que mantinha a unidade do direito privado trazia importante alteração na esfera do Poder Legislativo: a competência estadual para o processo civil, copiando o modelo norte-americano. Outra novidade foi a criação de uma Justiça Federal, ao lado da Justiça Estadual.

Cabe uma referência. Nesse contexto, Sott, em trabalho de pesquisa e sistematização, descreveu a evolução do controle de Constitucionalidade incidental, concreto e difuso, no período anterior à Constituição de 1988, adotando como critérios a alusão aos direitos fundamentais e a unidade ou dualidade do Poder Judiciário. Trata-se de abordagem partindo da cisão da organização da justiça em Justiça Federal (considerada então justiça *especial*) e Justiça Estadual (denominada também local ou “*commum*”). Outra questão, que decorre necessariamente dessa primeira, como bem notou Lessa, e é mais importante para este trabalho, refere à competência legislativa sobre direito processual civil.^{96 97}

Não se vê vantagem na dualidade de competências legislativas. Trata-se de incidente constitucional de 1891, que apenas manteve sua expressão no texto da Constituição, até o advento da Constituição de 1934. Os próprios Estados-federados não chegaram a exercer sua competência em plenitude, já que a maioria deles tiveram seus Códigos Processuais em vigor por muito pouco tempo, os primeiros distando mais de uma década da promulgação da Carta.⁹⁸ Com o advento do CPC de 1939 retornou-se ao sistema da unicidade. Hoje, mesmo

Marinho (Presidente), Américo B. de Mello (Vice-Presidente), Francisco Rangel Pestana, Antônio Luis dos Santos Werneck e José Antônio Pereira de Magalhães Castro. Cf. SOARES, **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**, 1995, p. 50. Tb., com a precisão e riqueza de detalhes de quem vivenciou o processo de formação da Constituição, e pôde falar com seu principal redator, cf. LEAL, **História constitucional do Brasil**, p. 207 e ss.

⁹⁶ LESSA, **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 4. ed. fac-similar.

⁹⁷ Id., *Ibid.*, p. 5.

⁹⁸ Com a finalidade de fazer um recenseamento, possibilitando a visualização do quadro histórico, seguem as datas dos diplomas legais: Pará (1905), Rio Grande do Sul (1909), Maranhão (1908), Bahia (19015), Espírito Santo (1914, 1915, 1930), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1920), Piauí (1920), Sergipe (1920), Ceará (1921), Minas Gerais (1922), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), o antigo Distrito Federal (1924), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930), Paraíba (1930). Cf. PACHECO. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1999 (da pluralidade processual estadual). p. 179-193.

nos EUA é comum que os Estados-membros sigam a orientação (modelo) das regras federais de direito processual civil.

Ainda em 1915 escrevia Lessa sobre o tema, ressaltando os argumentos dos reformistas pela unificação da competência legislativa:

“A várias razões se arrimam os propugnadores dessa reforma. Em primeiro lugar, **um grande inconveniente se lhes antolha na multiplicidade de organizações judiciárias** e de normas processuais, criadas pelos Estados, ao lado da organização judiciária e do processo federais. Um defeito de mais graves conseqüências descobrem nas **judicaturas locais, despidas das necessárias garantias de independência, e mais ou menos expostas aos golpes das paixões e dos interesses da pequena política de certos Estados**. Finalmente, sob a forma de uma objeção peremptória asseveram a **impossibilidade de separar o direito material do formal.**” (LESSA)⁹⁹

Este último argumento não deixa de ter um certo tom jocoso, visto que foi a contrário *sensu* utilizado, na constituinte de 1891, para manter a dualidade da competência processual.¹⁰⁰

Contudo, a grande questão que ressalta do sistema previsto na Constituição de 1891 é que por sobre todo o modelo federal de dualidade de organização judiciária pairava a regra de prevalência do Supremo Tribunal Federal (dicção conjugada dos arts. 62, norma de fechamento, 59, I, *e*, que previa a resolução dos conflitos de competência entre as “justiças”, art. 59, § 1º, recurso extraordinário, art.59, § 1º, I, recurso em terceira instância dos habeas corpus e as revisões criminais). Um sistema criado para assegurar a unidade do direito nacional frente ao texto da Constituição (elemento unificador), como foi dito:

⁹⁹LESSA, **Do Poder Judiciário**, p. 5. Nesse particular vale a observação de Pedro Lessa que adotamos aí a opção da Constituição Argentina, e não ao sistema norte-americano, em que aos Estados-membros era permitido legislar sobre direito substantivo e direito adjetivo (sic. *rectius* – processual). Id., p. 9.

¹⁰⁰ Como notícia LEAL, **História constitucional do Brasil**, p. 231.

“importa manter a preponderância da Constituição e das leis federais, bem como dos serviços públicos e interesses nacionais. **No caso de colisão é sempre a parte que deve ceder ao todo.** Daí a intervenção da justiça federal por meio do Supremo Tribunal Federal nos casos de recurso extraordinário, em que se faz valer a autoridade das leis federais”. (LESSA)¹⁰¹

Seguindo a tradição norte-americana, o Superior Tribunal de Justiça transmuda-se em Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecido como Corte Suprema e último revisor em matéria de constitucionalidade das leis e garantia dos direitos fundamentais.

A autorização era expressa no art. 59, § 1º: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; e quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

Para além desses dispositivos, estava garantida implicitamente a autorização para que todos os órgãos jurisdicionais fizessem o controle de constitucionalidade. Se por recurso se permitiu verificasse o STF a correta adequação da decisão ao texto constitucional, por óbvio, os Tribunais dos Estados-Federados poderiam deixar de aplicar a norma por inconstitucional e também assim os seus juizes singulares.¹⁰²

¹⁰¹ LESSA, **Do Poder Judiciário**, p. 433. Nota de atualização: embora essa competência tenha sido remanejada pela CF/88 para o STJ, a rece EC/45 retornou-a ao STF, cf., art. 102, III, d). Esse movimento pendular reforça a nossa tradição federativa.

¹⁰² NEQUETE. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência, t.II – República**. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 40. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967**, tomo V, p. 108; SOTT, A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais. **AJURIS**. n. 93, p. 09-24, abril, 2004. p.15.

Nequete relata o caso do juiz Alcides de Mendonça Lima que se recusou a aplicar uma norma baixada por decreto do então Presidente do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, para disciplinar o júri de forma contrária ao estabelecido na Constituição Federal. Na época foi instaurado processo crime contra o jovem juiz, o qual restou absolvido no Supremo Tribunal Federal (após brilhante defesa de Rui Barbosa), justamente porque se admitiu que o juiz poderia deixar de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional.¹⁰³ Portanto, todos os órgão jurisdicionais poderiam decretar a inconstitucionalidade de uma norma.¹⁰⁴

É importante frisar que o alcance dessa inconstitucionalidade era ainda muito limitado ao caso concreto, até mesmo porque no Direito brasileiro não se tinha reconhecido o sistema de precedentes conhecido por *stare decisis*¹⁰⁵ e conseqüentemente as decretações de inconstitucionalidade não tinham **força vinculativa**, atuando com mero alcance individual.¹⁰⁶

Para além dessa dificuldade técnica, **o Supremo Tribunal Federal resistia em aplicar um rígido controle sobre os demais poderes.** Preferia adotar uma doutrina de evasão.¹⁰⁷

Excetua-se o extenuante e bem sucedido trabalho de Rui Barbosa na consecução da doutrina brasileira do habeas corpus, reconhecida inovação constitucional brasileira. Para

¹⁰³ NEQUETE, **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência, t.II – República**, p. 20-22.

¹⁰⁴ NEQUETE, **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência, t.II – República**. p. 40; PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967**, tomo V, p. 108; SOTT, **A possibilidade do controle judicial de consitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais**, p. 15.

¹⁰⁵ Vale a ressalva de que sempre, desde o **Decreto 510 de 22 de junho e do Decreto 914-A, de 23 de outubro de 1890, foi observada, no sistema constitucional republicano, a referência à jurisprudência como fonte de “segurança jurídica” para a aplicação do direito, quer estadual, quer federal, antecipando, de forma sutil, o *stare decisis***. Nesses termos o art. 59, parágrafo 2º. da Constituição Republicana determinava: “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.” Cf. CAVALCANTI, **Constituição Federal Brasileira (1891)**, p. 247. Os precedentes, portanto, nunca chegaram a ter um caráter vinculativo nesse primeiro período, cf. LESSA, **Do Poder Judiciário**, p. 126-127.

¹⁰⁶ NEQUETE, **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência, t.II – República**. p. 22; LOPES, **O direito na história – lições introdutórias**, 2002, p. 376.

¹⁰⁷ Nesse sentido: NEQUETE, **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência – República**, 1973.

Paulo Bonavides: “ponto alto da contribuição doutrinária do País no campo do Direito Constitucional e na história constitucional da República de 1891 , um recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes políticos.”¹⁰⁸

Foi a construção doutrinária e pretoriana mais importante de nossa história constitucional, só sucumbindo na reforma constitucional de 1926.¹⁰⁹

Tratou-se de **evidente reprodução criativa decorrente da ausência de *writs* civis originários na Constituição Republicana**. Em uma palavra, deu-se aqui a aplicação da doutrina norte-americana de que **os remédios (*rectius*: ações) precedem os direitos** e de que, por conseqüência, **não há direitos sem remédios (*rectius* - ações) processuais que os assegurem – *ubi remediis, ibi ius***. Ressalta-se, aqui, o papel criativo da jurisprudência no

¹⁰⁸ BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 74.

¹⁰⁹ Após a queda do Império começa a surgir um direito legitimamente nacional; contudo, já existe no espírito do jurista brasileiro a idéia do limite ao poder estatal e da necessidade de remédios jurídicos para sua atuação através dos tribunais. Em 1891, a 1ª Constituição Federal Republicana adota o *habeas corpus* (art. 72, § 22), que tutela os direitos do cidadão contra a ilegalidade e o abuso de poder do Estado e sofre influência direta da Constituição norte-americana. Textualmente, o art. 72, §22 refere: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Ocorre que, em 20 de novembro de 1894, a Lei nº 221 estabelece o controle dos atos administrativos pela chamada “ação anulatória de atos da Administração”, já demonstrando a necessidade de um *writ* para a tutela de direitos civis; porém, não houve aceitação pela prática e o instrumento caiu na obsolescência. Nesse diapasão, os interditos possessórios e o *habeas corpus*, alargados em seu objeto, passaram a ser utilizados contra os abusos e ilegalidades da administração pública. Essa situação gerou polêmica no Congresso Jurídico Brasileiro de 1922, premendo este pela criação de um instituto com as peculiaridades do *habeas corpus* para defesa de direitos civis contra os atos da administração. Segundo Castro Nunes, “A idéia de um remédio paralelo ao *habeas corpus* e nascido desses antecedentes surgiu no Congresso Jurídico de 1922, seção de Direito Judiciário, a que presidia o ministro Muniz Barreto”. O autor cita também proposta de Torres, ainda anterior. Cf. NUNES. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p.14-17. Visto a grande aceitação pela jurisprudência da tese que ampliava o *habeas corpus* e os interditos possessórios, a reforma constitucional de 1926 alterou o art. 72, § 22, da Constituição de 1891, restringindo o *habeas corpus* para a defesa exclusiva da “liberdade de locomoção”. Com essa medida, impulsionou a discussão política pela criação de um instituto que viesse a substituir a lacuna que existia na defesa dos direitos do cidadão contra o Poder Público. Assim, nesse mesmo ano, foi apresentada a exposição de motivos do projeto Gudesteu Pires (projeto nº 148/1926) à Câmara dos Deputados propondo a criação do “mandado de proteção”, para que a autoridade se abstivesse da prática lesiva, e do “mandado de restauração”, que seria uma ordem para cessar a violência e restituir ao paciente o gozo pleno do direito ofendido (respectivamente arts. 5º e 6º do projeto). Transcreve-se o texto modificado pela reforma constitucional: art. 72, §22: “Dar-se-á o ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer **violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção**”. Apenas a título de comparação, transcreve-se o texto atual do art. 5º, inc. LXVIII, da CF/88: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de **sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção**, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Direito brasileiro, sempre apta a realizar “Justiça”, mesmo quando o sistema aparentemente bloqueia soluções de direito positivo (sic).¹¹⁰

Outros exemplos históricos recentes confirmam a tese. Também foi assim na criativa jurisprudência das “**cautelares satisfativas**”,¹¹¹ que vieram atender as necessidades práticas da Justiça no *fórum* no período imediatamente anterior ao da reforma processual da antecipação de tutela. Ademais, a relação “direito e remédio” em perspectiva comparada demonstra que essa é uma realidade inerente a todos os ordenamentos jurídicos. A exemplo dos italianos que elasteceram sua tutela de urgência:

“diversas são as vias que os intérpretes tentaram percorrer. Se pode chamar atenção, entre todas, aquela da *cognitio extra ordinem* (v. tutela de urgência) através da qual, se pode dizer, também o nosso ordenamento experimentou aquele método segundo o qual “o remédio pode preceder ao direito” (*ubi remedium ubi ius*). O princípio está presente na tutela de urgência (art. 700 c.p.c.). É sabido como, na falta de formas de tutela, **os juízes, chamados a ministrá-la, se colocam, muitas vezes, a <<inventar> direitos para satisfazer uma necessidade de tutela reconhecida relevante e a qual não respondia um direito previsto.**” (MAJO)¹¹²

Para isto utilizam o processo. Em outra perspectiva, mas na busca de soluções hábeis para o mesmo problema, os juristas alemães criaram o **direito de “malha larga”** (*Rahmenrechte* - normas de “tecitura” aberta), que significa oportunizar o **reconhecimento de direitos, mesmo atípicos, a exemplo dos decorrentes da proteção à personalidade**. Tudo de maneira a justificar e permitir a tutela não expressamente prevista. Portanto, quer mediante normas abertas (direitos-quadro), ou remédios de caráter cautelar ou

¹¹⁰ De resto já reconhecido por LIEBMAN, Istituti del diritto comune nel processo civil brasiliano, *passim*.

¹¹¹ Como sobressai da brilhante lição de Ovídio A. Baptista da Silva o crescimento das tutelas sativas urgentes autônomas decorreu da universalização da ordinaryidade pela adoção do instituto do Proceso de Conhecimento no CPC de 1973. Para o autor as medidas dessa ordem, erroneamente denominadas “cautelares-satisfativas”, não seriam propriamente medidas cautelares mas procedimentos antecipatórios autônomos (o que é cautelar jamais pode ser satisfativo) caracterizados por suprir a necessidade de juízos sumários materiais dentro do sistema. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil – processo cautelar (tutela de urgência)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. V. III, p.50-61.

¹¹² Cf. MAJO, *La tutela civile dei diritti*, p. 12-13.

interdital, o certo é que mecanismos foram utilizados, freqüentemente, no cotidiano prático da tradição romano-germânica, para atenuar os rígidos padrões predeterminados em direitos subjetivos “fechados”, possibilitando a atenção aos imperativos emergentes da Justiça.¹¹³ Contudo, não faltaram ou faltam partidários da tese de que se tratava de garantia ou via *jurídico-material-processual*:

“O habeas corpus foi a primeira Ação Constitucional ou via *jurídico-material-processual* – incluído pela primeira vez na Constituição de 1891 repetido em todas as demais constituições posteriores, inclusive na Emenda Constitucional de 1969 – que possibilitou o controle judicial de constitucionalidade e a proteção de *Direitos Fundamentais*, donde se infere a essencial conexão entre o controle judicial de constitucionalidade e os Direitos Fundamentais” (SOTT).¹¹⁴

Essa noção, haurida da doutrina de Pontes de Miranda e Pedro Lessa,¹¹⁵ faz com que se iluda o jurista de direito material, **confundindo a verdadeira criação (e potencialidade criativa) com a criatura**. Não foi a garantia do habeas corpus que possibilitou a jurisdição civil para defesa dos direitos fundamentais, mas a estrutura da Constituição Republicana que permitia o controle de poder pelo Judiciário, o *judicial control*, independentemente de um direito subjetivo de ação. Era **ínsito ao mecanismo de freios e contrapesos** daquela Carta (e conseqüentemente é hoje da nossa tradição) o **poder implícito de controle**¹¹⁶ e é justamente essa noção que permitiu **uma série de criações jurisprudenciais posteriores no direito brasileiro**.

¹¹³ Id., Ibid., p. 12-13.

¹¹⁴ SOTT, **A possibilidade do controle judicial de consitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais**, p. 21.

¹¹⁵ Na lição de Pontes de Miranda: “Destarte, Constituição que assegure, como a do Brasil de 1891, a indenegabilidade do *habeas-corporis*, cria nova ‘coação-sanção’, isto é, direito novo, pois dos elementos essenciais a um direito – sujeito ativo, objeto, sujeito passivo e regra social – é esse o único que acarreta, ao mudar de natureza, necessariamente, fenômeno de *outra natureza*. A ‘coação-proteção’, antes secundária, de direito processual, não regulava a formação do fenômeno jurídico: determinava, apenas, como todo direito formal, as formas e meios pelos quais se podia ir em auxílio de direitos violados.” Cf. PONTES DE MIRANDA. **História e prática do hábeas-corporis**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 163. Nesse sentido vale anotar outra observação, anterior e ainda mais clara: “Não é de hoje que condenamos o confundirem-se *direito e ação* (nosso *À margem do Direito*, 165). Na ação não há direito novo, mas força negativa cujo fim é destruir a relação positiva, embora fictícia, que o usurpador ou violador estabeleceu entre ele e o objeto.” Id., p. 162.

¹¹⁶ Sobre a teoria dos poderes implícitos e sua importância no Direito brasileiro cf. DANTAS. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. esp. p. 144-169.

Frisa-se o ponto: **as garantias (ações) típicas “fechadas”, na verdade, enfraquecem o papel do processo como espaço de discussão e de democratização do direito para controle do abuso do poder estatal ou desvio de sua finalidade.** Mais vale assegurar o acesso para a discussão de novos problemas (sistema aberto e prevalência da tópica) do que adotar soluções *a priori* baseadas em juízos abstratos, universais e perenes, de duvidosa efetividade histórica e negadores da prática e experiência do jurista contemporâneo. Entende-se por ações típicas “fechadas” as garantias previstas de forma a excluir as alternativas dadas ao autor. Trata-se, *ad exemplum*, do confronto bem marcado entre os textos legislativos do CC/1916 e do CDC/1990.

O apego ao primeiro (em sua matriz privatista) fez com que doutrina de peso afirma-se em seu comentário:

“Direito individual está, aí, pelo que pode ser *res in iudicium deducta*. Dada a existência do **art. 75 do Código Civil, que fez corresponder ação a todo direito**, a acionabilidade processual dos direitos individuais está assegurada *constitucionalmente*, não só *in abstracto*, como em termos de garantia de *status quo*.” (PONTES DE MIRANDA)¹¹⁷

Já o diploma recente, fundado na premissa de que todas as ações (*rectius*: formas de tutela processual) são viáveis desde que destinadas a propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos definidos pelo Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores (aqui direitos *lato sensu*, em sentido objetivo e mais amplo), nos permite repensar essa estrutura.¹¹⁸ Atua,

¹¹⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, 1971, tomo V, p. 107.

¹¹⁸ Art. 83 do CDC.

portanto, em uma **clara abertura para a racionalidade prática procedimental proposta pela teoria do discurso.**¹¹⁹

Contudo, não são poucos a defender a necessidade de “ações-tipo” adequadas para a tutela de direitos fundamentais, entre eles juristas como Sarlet¹²⁰ e Streck.¹²¹ Trata-se de composição possível, desde que não se abandone a aplicabilidade de ações genéricas, pois o processualista e o discurso jurídico da sociedade aberta sabem que **é melhor serem muitos os instrumentos para a tutela dos direitos afirmados em juízo, dependendo a adequação e o manejo de um ou outros, do caso concreto e dos objetivos pretendidos com a ação.** O que não se pode permitir, e seria evidente retrocesso, é erigir a forma como limite absoluto, pervertendo a sua função nobre de garantia em uma função de controle pejorativo ao estilo dos *sacramentos* do período das ações da lei no direito romano,¹²² um formalismo finalístico (forma em sentido estrito)¹²³ despreocupado com as garantias dos direitos fundamentais e de duvidosa autoridade nos Estados Democráticos de Direito. Como foi afirmado, o único formalismo possível no Estado Democrático de Direito é o formalismo-valorativo (formalismo *lato sensu*), da forma como liberdade e segurança, não como instrumento de arbítrio ou comando.¹²⁴

De outra sorte, no aspecto político, a engenharia institucional de 1891 deixou muito a desejar. O centralismo do poder na figura do Presidente da Primeira República foi muito forte,

¹¹⁹ Cf. ALEX Y. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. Cf. CASTANHEIRA NEVES. **Metodologia jurídica : problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 43.

¹²⁰ SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹²¹ STRECK. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹²² “O formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. **Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade as palavras da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer moessa ao espírito do julgador o mérito da lide.** Hoje, os romanistas mais eminentes reconhecem no ritual simbólico do *sacramentum*, a mais antiga ação da lei, traços inequívocos da concepção religiosa da época.” LACERDA. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. III, p. 74-86, julho/dezembro, 1961.

¹²³ ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 3-4.

¹²⁴ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 5-7.

houve abuso no uso do instituto da intervenção federal e na doutrina chegou-se a afirmar que: “o Presidente da República era um monarca eletivo que se substituíam a cada quadriênio.”¹²⁵ Apesar da adquirida representação democrática, seguimos a tradição portuguesa e imperial da “Chefia da Nação”, da “Suprema Magistratura”. Consoante Baleeiro, um diplomata inglês, Hambloch, deu força internacional a esse entendimento, escrevendo um texto denominado “*His Majesty, the President*”, no qual descrevia o sistema presidencial brasileiro como uma monarquia eleitoral. Não obstante, menciona Baleeiro que Rui Barbosa foi o responsável por manter, mesmo com tropeços, o Supremo Tribunal cioso de suas obrigações na forma republicana de governo.¹²⁶

A passagem para a 2ª República foi conturbada. O ambiente político no Brasil não teve grandes períodos de estabilidade. A Revolução de 1930 levou a um levante constitucionalista que resultou na Constituição de 1934.¹²⁷

1.1.5.1 O Judicial Review na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 foi também uma Constituição democrática – na medida do possível, na época. Manteve a possibilidade de controle judicial dos demais poderes e **criou** alguns institutos novos fundamentais, entre eles **o mandado de segurança** (art. 113, 33, suprimindo a lacuna deixada pela reforma constitucional de 1926), **a ação popular** (art. 113,

¹²⁵ Cf. BONAVIDES; ANDRADE. **História constitucional do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. (Contém os textos políticos e jurídicos mais importantes do constitucionalismo brasileiro, inclusive os atos institucionais do período da ditadura militar pós-64). p. 249-252.

¹²⁶ BALEEIRO, **Constituições brasileiras: 1891**, v. II, p. 56-57.

¹²⁷ SOARES adverte, partindo da sagacidade de Astrogildo Pereira, que o célebre dito de Ribeiro de Andrada “ façamos a revolução antes que o povo a faça”, bem denuncia que a revolução de 30 tratou-se de golpe militar contra-revolucionário, para perpetuação das oligarquias no poder. SOARES, **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 56-58.

38), a **ação direta interventiva** (art. 12, V, § 2º.), a possibilidade de **extensão *erga omnes* da decretação de inconstitucionalidade pelo Senado Federal** (art. 91, 1, IV) e o ***full bench*** (art. 179), determinando o julgamento pelo órgão especial (Tribunal Pleno), quando ocorresse o controle de constitucionalidade pelos Tribunais. Consoante Pontes de Miranda :

“a Constituição de 1934 não retirou ao Poder Judiciário o *judicial control*. Conservou-o com exigências de maior meditação e persuasão: o art. 179 diz que ‘só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei e de ato do poder público’”. (PONTES DE MIRANDA)¹²⁸

O ponto importante para o objeto deste estudo é ressaltar que o mandado de segurança brasileiro é um instrumento com especial aptidão para o controle dos atos abusivos dos poderes instituídos. Versava o art. 113, 33 da Carta de 1934:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal **de qualquer autoridade**. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes.”¹²⁹

Não escapou a melhor doutrina que a expressão “qualquer autoridade” dava ao mandado de segurança um “absoluto relevo”,¹³⁰ amplitude que nenhum ordenamento, nem

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. tomo I, p. 621.

¹²⁹ Como registrou-se em outro momento: “Finalmente, atendendo aos anseios de toda a comunidade jurídica e à natural predisposição do sistema jurídico brasileiro para o controle da ilegalidade e do abuso de poder pelo Judiciário, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, consagra o instituto do mandado de segurança [para uma visão sobre o projeto e trabalhos da comissão constitucional e da assembléia constituinte cf. CAVALCANTI. **Do mandado de segurança**. 4 ed. rev.at. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 96, et. seq.] (art. 133, inc. 33). A inovação decorreu de iniciativa de **João Mangabeira**, relator do trecho pertinente às garantias individuais no anteprojeto à Constituição de 1934. Já em 16 de janeiro de 1936 é promulgada a Lei nº 191, que regulou o mandado de segurança. [O histórico do mandado de segurança pode ser muito bem compreendido no relatório do projeto, que resultou na Lei 191/36, escrito pelo Deputado Alcântara Machado, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara do Deputados à época da Constituição de 1934. (*apud* CASTRO NUNES, **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**, 1967, p. 17-22). Também à Alcântara Machado foi dada a iniciativa da regulação do instituto (Id., p. 23.). Cf. ZANETI JR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*, 1936, p. 722.

mesmo o norte-americano, concedeu aos *writs* constitucionais para defesa dos direito do cidadão frente ao Estado.¹³¹

Apesar de ter mantido a dualidade de “justiças” a Constituição da Segunda República unificou a competência para legislar sobre processo (aqui ponto de relevo). No art. 5º, determinava ser de competência privativa da União: “XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e **processual**, registros públicos e juntas comerciais”. Não existe portanto, nenhum prejuízo em se ter a competência legislativa privativa da União para o direito processual e uma Justiça Federal atuando ao lado de uma Justiça Estadual. Mesmo que sem menção expressa, continuava clara, por implícita ao sistema, a possibilidade de qualquer órgão do judiciário efetuar o *judicial control* sobre os atos dos demais poderes, fundado na Constituição e na observância do princípio da legalidade.¹³²

1.1.5.2 O Judicial Review na Constituição de 1937

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, denominada pejorativamente de “Polaca”, carta outorgada pela ditadura do Estado Novo, manteve formalmente o controle judicial de constitucionalidade, diminuindo em muito o papel do Supremo Tribunal Federal. No art. 96, parágrafo único é estabelecida a possibilidade de a lei, após ser decretada inconstitucional pelo Tribunal, ser reapreciada nessa inconstitucionalidade pelo exame do parlamento, a pedido do Presidente da República e no interesse do povo (sic.). Quando a

¹³¹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 103.

¹³² Nesse sentido apontando para a supremacia da Constituição: “Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com o art. 113 como em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1934”. Cf. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934**, 1936, p. 65. Cf. SOTT, **A possibilidade do controle judicial de consitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais**, 2004,p. 16.

promoção ou defesa do interesse nacional de “alta monta” exigisse (sic.), o Congresso, por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, poderia tornar sem efeito a decisão do Tribunal.¹³³

A “Polaca” foi além, extinguiu o mandado de segurança, como garantia constitucional, e a ação popular.¹³⁴ **Adotou a unidade do Poder Judiciário suprimindo a Justiça Federal sem, contudo, modificar a competência para legislar sobre direito processual que continuou sendo da União Federal** (mais uma prova de que era falsa a relação de necessidade entre a competência legislativa e a unidade do Poder Judiciário; em verdade o termo unidade/dualidade acaba por gerar uma errônea confusão: o Poder Judiciário e a jurisdição são unos, independentemente das divisões para atender aos aspectos práticos de repartição de competências, que melhor se qualifica como dualidade de organização judiciária).

Mantinha-se o controle judicial, embora limitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, a exemplo do CPC de 1939 que re-estatuía o mandado de segurança, porém, colocava-lhe uma série de limitações quanto aos atos e às autoridades contra as quais poderia ser manejado.¹³⁵

¹³³ Apesar do acinte, a doutrina noticia que esse dispositivo restou inaplicado na vigência da Constituição. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, p. 185. Nesse sentido tratou-se de “recepção recusada” da Constituição polonesa. Cf. HÄBERLE, **Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica**, 1996, *passim*.

¹³⁴ Trata-se de expediente comum às ditaduras. Como já observamos alhures: ZANETI JR., **Mandado de segurança coletivo**, p. 34.

¹³⁵ Sobre o mandado de segurança no CPC de 39 ver ZANETI JR, **Mandado de segurança coletivo**, 2001, p. 34 (cf. nota infra, *in fini*). Sobre o CPC de 39 aponta Mitidiero: “O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de um certo período em que tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria. Informado pela **técnica da oralidade**, o legislador de **1939 imprimiu ao processo um nítido sabor publicístico**, outorgando ao juiz o encargo de dirigi-lo com o fito de alcançar ao povo justiça pronta e eficaz. A **anunciada síntese entre romanismo e germanismo, base do processo civil moderno, segundo conhecida lição de Chiovenda**, estava então a manifestar-se, ainda que de maneira tímida, limitada basicamente à primeira parte daquele diploma (única, consoante Alfredo Buzaid, elaborada à luz dos ‘princípios modernos da ciência do processo’, na qual Buzaid, ao nosso ver equivocadamente, identificava inclusive a existência de um verdadeiro ‘processo de conhecimento’), com o que ainda se poderia vislumbrar no processo civil de então **nítidos traços do processo comum luso-brasileiro**.” MITIDIERO, **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo**, 2004, p. 124.

Foi um período intenso da vida política brasileira. Entre outras heranças culturais marcadamente atua com destaque a tecnicização do ensino e a tentativa de implementar uma educação para a elite, preparando-a para o exercício do poder. Tratava-se da doutrina das “elites condutoras” em contraposição a uma educação técnica para os jovens das classes menos abastadas, preparando-os para a mão de obra industrial. Era a política pedagógica conhecida como “dualismo educacional” que pretendia formar trabalhadores da inteligência, do braço (da indústria) e do capital.¹³⁶ Finalmente chegava ao interesse do legislador brasileiro o gosto pela separação entre uma cultura mais ampla (bacharelismo)¹³⁷ e o advento do Estado moderno tecnocrático, rompendo com a tradição portuguesa de convivência e mobilidade entre as classes mais e menos abastadas.¹³⁸

1.1.5.3 O Judicial Review na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 retomou a democracia e manteve o sistema republicano, embora sempre com algumas dificuldades estruturais, a democracia, nesse período, tomou reforço no Brasil.¹³⁹

Retornaram também, com a Constituição da Quarta República, o mandato de segurança e a ação popular. O Supremo Tribunal Federal recuperou a amplitude de sua

¹³⁶ Cf. GHIRALDELLI JR, **Filosofia e história da educação brasileira**, 2003, p.81-92.

¹³⁷ Sobre o bacharelismo como prática no Brasil e nos Estados-Unidos verificar HOLANDA, **Raízes do Brasil**, p. 114-115.

¹³⁸ “A vida parece ter sido aqui incomparavelmente mais suave, mais acolhedora das dissonâncias sociais, raciais, e morais [em contraposição a uma cultura protestante] A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles [os colonizadores portugueses], de qualquer orgulho de raça.” HOLANDA, **Raízes do Brasil**, p. 22. Não por outro motivo foi possível aos brasileiros “de letras” alçarem postos na hierarquia social. Sobre essa tradição cultural portuguesa consultar HOLANDA, **Raízes do Brasil**, p. 34 e p. 50-51.

¹³⁹ Como dificuldade vale o exemplo da perda do registro pelo PCB – Partido Comunista Brasileiro, em 1947.

competência jurisdicional sobre todo e qualquer ato de autoridade, seja qual fosse o poder ou a hierarquia. **Manteve-se a unidade da organização judiciária e criou-se o Tribunal Federal de Recurso (TFR), atribuída a ele a competência para julgar em grau de recurso as decisões das Justiças dos Estados em que havia interesse da União.** Como foi dito acima, não existe incompatibilidade no sistema republicano e na técnica federalista (principalmente na nossa federação centralizadora) entre a competência legislativa exclusiva da União e a dualidade de “justiças” (dualidade organizacional da justiça). Somente mais adiante, com o **Ato Institucional nº 2 de 1965, foi restabelecida a Justiça Federal.** A Constituição de 1946 criou, ainda, a Justiça do Trabalho, mantendo a Justiça Militar e restabelecendo a Justiça Eleitoral. Essa configuração se perpetuou sem sobressaltos até a Constituição de 1988, quando se extinguiu o TFR e criou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A grande inovação de 1946 constituiu-se na regra escrita da ubiqüidade ou inafastabilidade da jurisdição. Pela primeira vez na história constitucional brasileira os órgão do Poder Judiciário tinham por disposição expressa a possibilidade do controle judicial: “art. 141...§ 4º **A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual**”.¹⁴⁰ Chamar-se-á essa disposição de “**Cláusula Aberta do Controle Judicial**”,¹⁴¹ por se tratar de norma que não contém uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto, voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁰ Ao que parece passou despercebido para parte da doutrina que essa disposição permitia expressamente a todos os órgão do Poder Judiciário a verificação da constitucionalidade dos seus atos e também da sua legalidade. Cf. SOTT, **A possibilidade do controle judicial de consitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais**, 2004, p. 19.

¹⁴¹ Também “Cláusula do Direito de Ação”, “Cláusula do Acesso à Justiça” ou garantia do direito cívico de ação como propunha Couture. Cf. COUTURE. **Las garantías consitucionales del proceso civil**. In: **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina**. Buenos Aires: Ediar, 1946.

Conforme anota Enterría, e é do conhecimento geral, trata-se da antiga fórmula do Estado de Direito “cláusula de coroação do Estado de Direito” que vem expressa em quase todas as Constituições modernas nos termos de que “quem foi lesionado em seus direitos por um poder público dispõem de uma via de proteção judicial” e portanto dela infere-se que “a circularidade deste preceito e o seu caráter absoluto exclui a *radice* que qualquer Lei possa fechar o passo a esta via de proteção judicial”.¹⁴² No Brasil sua amplitude hipotética é muito maior do que nos Estados europeus ou nos Estados Unidos da América.

Para Pontes de Miranda essa foi a mais importante criação da Constituição de 1946: “**a mais típica e a mais prestante criação de 1946**”.¹⁴³ Mesmo que antes o intérprete pudesse depreender essa amplitude de sentido das demais normas constitucionais, sua enunciação expressa foi importante para fixar definitivamente a garantia.

Pode-se afirmar que finalmente foi consolidada a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle de poder. Por um longo trajeto, com todos os percalços demonstrados, chegou-se ao perfil da inafastabilidade do Judiciário como garantia expressa do cidadão e de seus direitos individuais. Consolida-se o controle judicial dos atos dos demais poderes e nem mesmo a lei poderá afastar esse controle. Os juristas poderiam tê-lo extraído naturalmente do sistema anterior, em 1891 já se apresentava a garantia, exemplo disso foi a extensão conferida ao habeas corpus, mas não houve ambiente político para tanto.¹⁴⁴

Por outro lado, o controle de constitucionalidade no Brasil apresentou algumas modificações significativas em relação à matriz constitucional norte-americana. A EC/16 de

¹⁴² ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*, 4 ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 328-329.

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo IV – art. 129-141§ 14., p. 142.

¹⁴⁴ Como adverte a doutrina: “Não se chegou, porém, ao fim da trajetória. 1930 interrompeu a avançada. Depois 1937. A Constituição de 1946 foi como a re aquisição do tempo perdido: pôs-se em regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita.” PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, (arts. 153, § 2º -159. esp. p. 104-115 e p. 109.

1965, já sob a égide da ditadura militar instaurada com o Golpe de 1964, possibilitou o controle abstrato de constitucionalidade por representação do Procurador Geral da República.¹⁴⁵ O art. 101, I, “k” autorizava, em seus próprios termos: “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”.¹⁴⁶ Trata-se da recepção (parcial) do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, proposto por Kelsen e aceito em 1920 pela Constituição Austríaca. Recepção parcial porque nunca se chegou a desenvolver, por total falta de necessidade institucional, um tribunal constitucional como quarto poder, entre outras distinções importantes.¹⁴⁷

1.1.5.4 O Judicial Review nas Cartas Constitucionais do Golpe Militar (1967 e 1969)

A Constituição de 1967 e a EC/1 de 1969 mantiveram a estrutura do Estado e do controle do poder estabelecidas pela Constituição de 1946, com uma ligeira alteração no texto da “**cláusula aberta do controle judicial**”, que veio vazada como segue: “A lei não poderá

¹⁴⁵ Sobre o ambiente político e jurídico que resultou no Golpe de 1964 e as restrições à tutela de direitos ver breve e eficiente resenha em: STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 351-356.

¹⁴⁶ A inovação não parou no âmbito federal: “Criou esta mesma oportunidade para os Estados membros, incluindo, através desta Emenda, o inciso XIII, ao artigo 124, assim redigida: ‘ a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.’” Cf. SOTT, **A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais**, p. 18.

¹⁴⁷ Kelsen no desenvolvimento de suas idéias, enfrentando a doutrina tradicional e, futuramente à Carl Schmidt, seu grande representante, concentrou-se em três pontos de resistência contra a idéia de controle de constitucionalidade: a) a soberania parlamentar, que resultava da primazia absoluta da lei (sacralização da lei); b) a rígida separação dos poderes; c) o descrédito dos juízes ordinários (nobreza de toga). Como salienta valorosa síntese doutrinária: “Primeira objeção: Kelsen responde que a soberania não é do Parlamento, mas do Estado como um todo, sendo o Parlamento não mais do que uma parte do todo estatal. O Parlamento e qualquer dos demais Poderes, encontram uma única e mesma fonte de legitimidade, qual seja, a Constituição. Segunda objeção: Kelsen responde que o Tribunal Constitucional exercita tarefa que não possui natureza jurisdicional, mas legislativa: o Tribunal Constitucional é um **legislador negativo**. Assim, dois órgãos comungam do poder de legislar. Há mais: na manutenção da democracia, dentre os vários significados possíveis para a expressão “separação de poderes”, o melhor é aquele que expressa a repartição de poderes entre diversos órgãos. Ao invés de isolar órgãos, consente-se o controle recíproco entre os diversos órgãos do poder estatal. Terceira objeção: Kelsen a responde fundando a legitimidade dos membros do Tribunal Constitucional no consenso entre os Poderes do Estado. Os juízes constitucionais – que deverão ser em pequeno número – são escolhidos ou eleitos pelo Parlamento dentre juristas de notório e reconhecido saber indicados pelo Governo.” Segundo consta, a Corte Constitucional Austríaca sofreu em 1929 nova reforma proposta por Kelsen. Cf. COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. **Jurisdição constitucional concentrada no Brasil**. <http://www.agu.gov.br/advgeral/discursos/palestra.pdf>. acesso em 03 de novembro de 2005.

excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 150, § 4º da CF/67 e art. 153, § 4º da EC/1 de 1969).

Vale um pequeno excursus histórico para se visualizar melhor essa aparente continuidade. Em 31 de março de 1964 o General Olímpio Mourão Filho partia de Minas Gerais com as suas tropas para depor o Presidente João “Jango” Goulart e mergulhar o País na noite da ditadura militar em que só brilharam as estrelas de seus generais.¹⁴⁸

A “Revolução Vitoriosa” (*rectius*: Golpe) e seus Comandantes em Chefe, representando as três Armas da Nação (Gen. Ex. Arthur da Costa e Silva; Ten. Brig. Francisco de Assis Correia de Mello; Vice Alm. Augusto H. R. Grünewald), mantiveram a Constituição de 1946 até 1967, sem furtar-se, todavia, de explicitar que a Revolução e os seus Atos Institucionais não se submetiam e muito menos se legitimavam nos atos do Congresso Nacional, sendo considerados soberanos pelo exercício do Poder Constituinte que da “Revolução” emanava, não apenas para institucionalizá-la, como também, para assegurar a continuidade da obra a que se propôs o governo revolucionário (*sic.*).¹⁴⁹

Um dos primeiros atos fundados nesse Poder Constituinte originário da revolução e decorrentes dessa necessidade de institucionalização do “Poder Golpista” foi a limitação da apreciação judicial aos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com fundamento em atos institucionais. Também se evitou aí a revisão das cassações

¹⁴⁸ Sobre a conjuntura do golpe militar, além da farta bibliografia recente, consultar o texto “**Brazil – All power to the generals**”, com interessantíssimas notas que hoje parecem sarcásticas sobre o “destino do Brasil” na era do “milagre econômico” e a “legitimação popular do governo dos generais” cf. STEINER.; TRUBECK, M. Brazil – All power to the generals. *Foreign Affairs*, p. 464-479, 1970-1971. (HeinOnline – 49).

¹⁴⁹ Importante a leitura do seguinte parágrafo da exposição de motivos do Ato Institucional número 1, de 09 de abril de 1964: “Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.” Cf. BONAVIDES; ANDRADE, **História Constitucional do Brasil**, p. 771.

e impedimentos de mandatos parlamentares e dos Prefeitos, Governadores, Vereadores e Deputados, afastados por atos decorrentes do Golpe Militar.¹⁵⁰

Nada mais natural. Acompanha as ditaduras o fechamento do debate judicial. Tanto é assim que, considerando as necessidades de ordem da “Revolução” (*sic.*), para barrar “processos subversivos e de guerra revolucionária”, que perturbavam a tranquilidade, a segurança e a harmonia político-social brasileira (*sic.*) editou-se o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1969, assinado pelo então Presidente da República, Costa e Silva, e por seus Ministros. **O AI 5**, como sempre foi denominado, **suspendeu a garantia do *habeas corpus* (nos casos de crimes políticos, de crimes contra a segurança nacional, de crimes contra a ordem econômica e social e de crimes contra a economia popular)** e, baseado nele, permitiu-se que pelo decreto de 16 de janeiro de 1969 fossem **aposentados, compulsoriamente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes de Lima, Evandro Cavalcanti Lins e Silva e Victor Nunes Leal, procurando reduzir a resistência aos abusos do poder constituído.**

Em último, mas não menos importante, refere-se a um dado histórico que não pode ser esquecido. Os dois diplomas processuais da República foram “**Códigos da Ditadura**”. Por mais que se queira ter simpatia pelas figuras dos ditadores, de resto apego natural às sociedades caudilhistas e não democráticas que pretendem ver na figura do representante soberano um pai e provedor,¹⁵¹ o CPC de 1939 e o CPC de 1973 foram elaborados e gestados em pleno regime de exceção. O último, como já se fez notar anteriormente, é diploma da mais

¹⁵⁰ Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, assinado pelo então presidente, o Sr. Castello Branco. Nesse mesmo ato foram estabelecidas as eleições indiretas para Presidente da República e modificadas as composições do Poder Judiciário, entre estas a composição do STF que passou a contar com 16 Ministros e a (re)criação da Justiça Federal.

¹⁵¹ Sobre essa tendência em nossa herança cultural na qual o “pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania” cf. HOLANDA, **Raízes do Brasil**, p. 49.

acurada técnica, mas, sem que isso seja demérito, traz incita a ideologia do Estado Liberal que o modelou.

Deve-se frisar novamente, que se está apenas nos pródomos, nos primeiros passos da mais longa democracia vivida pelo Brasil. Saindo há pouco da noite da ditadura de 1964, o véu começa a se dissipar somente em 1984 com a campanha das “diretas Já” e com a eleição “indireta” do primeiro presidente civil em mais de vinte anos de ditadura, o Sr. Tancredo Neves. Entrou-se em um processo de redemocratização, favorecido pela conjuntura internacional.¹⁵² Foi nesse clima de redemocratização que nasceu a Carta Cidadã de 1988. A “Nova Democracia”, originada em 1985, é recente, apenas vinte anos em 2005, e mesmo assim o País nunca teve um período tão longo de respeito aos setores sociais e às instituições políticas democráticas em toda a sua história.

1.1.6 A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito: o Formalismo-Valorativo e a Ampliação do Controle dos Poderes pela Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição¹⁵³

O processo conforma-se hoje pelo que corretamente começamos a denominar de paradigma do “**formalismo-valorativo**” (ALVARO DE OLIVEIRA).¹⁵⁴ Trata-se do resgate

¹⁵² A eleição não foi direta, compôs-se um Colégio Eleitoral com a participação dos congressistas (inclusive os “biônicos” que haviam sido indicados pelo governo militar e não pelo voto) e seis deputados estaduais por estado indicados pela bancada mais representativa (há época, na maioria dos estados era a bancada do PDS que dominava o legislativo estadual e que também era o partido do governo militar).

¹⁵³ A terminologia é de Häberle e expressa as idéias políticas de Popper adaptadas ao Estado Constitucional. Cf. HÄBERLE. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. POPPER. **A sociedade democrática e seus inimigos.** Tradução Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia, 1959.

¹⁵⁴ A expressão é de criação do Prof. Alvaro de Oliveira em aula do programa de pós-graduação da UFRGS no ano de 2004. A idéia já vem clara em sua tese de doutoramento destacando-se do conceito de formalismo *lato-sensu*: “a totalidade formal

da dimensão tópico-problemática¹⁵⁵ para o Direito e da compreensão do processo como direito fundamental,¹⁵⁶ ou seja, **ver na forma sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais, como garantia da liberdade.**

Nessa ordem de raciocínio, cabe aprofundar, para exemplificar essa realidade potencializada, duas importantes conseqüências da inter-relação entre os sistemas jurídicos que teve lugar, no Brasil, a partir da Constituição Republicana de 1891: **o controle dúplice de constitucionalidade e a unicidade de jurisdição.**

O controle de constitucionalidade das leis, no Brasil, (sistema difuso e sistema concentrado) dá-se sempre por meio dos órgãos jurisdicionais; não existe jurisdição administrativa ou jurisdição confiada a órgãos políticos como o “*Conseil Constitutionnel*” francês. O Brasil adota o sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade (via de exceção), ou seja, o controle é exercido por todos os juízes e tribunais que podem e devem rejeitar a aplicação de norma violadora ou contrária ao escopo da Constituição, no caso concreto.

Verifique-se em toda a prática judiciária, que não raros são os arestos que determinam a aplicação imediata dos direitos fundamentais no Brasil, independentemente de lei específica que os regulamente como direito subjetivos individualizados. Disso decorre a afirmação da

do processo, compreendendo **não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo**, com vistas a que sejam **atingidas suas finalidades primordiais**”, dessa maneira cumpre a “tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer **dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento**”, e assim “contém, portanto, a **própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento**” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, p. 6-7, sem grifo no original).

¹⁵⁵ Sobre tópica consultar: VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964 (reimpressão 1986), *passim* GIULIANI. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, *passim*. ZANETI JR. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, ano 29, n. 116, p. 334-371, julho/agosto, 2004. *passim*.

¹⁵⁶ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 260-298.

potencialidade natural de suprir a falta de lei no atingimento dos fins constitucionais pelo juiz, aliás, decorrência essencial da eficácia imediata dos direitos fundamentais dentro da nossa formatação constitucional híbrida.¹⁵⁷ Ao lado desse sistema, o Brasil adota, também, o sistema austríaco do controle concentrado, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental). A duplicidade dos sistemas de controle faz do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade.¹⁵⁸

Da ligação entre um sistema da legalidade (*L'État Légal* ou o Estado de Direito Alemão - códigos) e um sistema da criação judicial (*Rule of Law* – controle dos poderes e vinculatividade das decisões judiciais) surge a particularidade híbrida do sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, dessarte e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o **Poder Judiciário** exerce sobre a jurisdição.¹⁵⁹ Trata-se, portanto, de uma riqueza sem igual para a potencialidade institucional do Poder Judiciário: como o Judiciário não se movimenta *ex officio*, uma vez que deve ser impelido e provocado pelos legitimados torna-se um espaço privilegiado para o discurso democrático, um “**motor da democracia**” participativa.¹⁶⁰

¹⁵⁷Cf. MARINONI. A jurisdição no Estado Constitucional. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. x-y, maio, 2005. (5.3 – O juiz e o controle de constitucionalidade da falta de lei). No mesmo sentido: ÁVILA. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 342.

¹⁵⁸ CARNEIRO. Do mandado de segurança coletivo e suas características. In: **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 91-134. item 1, *passim*. Cf. BARROSO. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁵⁹ Jurisdição concentrada no Poder Judiciário, em sentido contrário cf. SILVA. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.175. O excelente estudo, muito bem escrito e documentado, mostra os desdobramentos possíveis do conceito de jurisdição nas ADR (*alternative disputes resolution*), apontando o caráter não estatal da jurisdição.

¹⁶⁰ Parafraseando a célebre expressão dos cultores de um tribunal internacional para solução de controvérsias no MERCOSUL – motor da integração. Cf. ZANETI JR. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do Mercosul para cooperação jurisdicional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade. In: MITIDIERO; ZANETI JR. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 231-272.

Por essa razão, os juristas brasileiros defendem essa característica como muito superior à possibilidade de controle na matriz americana.¹⁶¹ Nesse sentido, após enumerar os aspectos de limitação do sistema da *common law* frente ao sistema nacional, salienta Alvaro de Oliveira os benefícios da maior amplitude da jurisdição brasileira, dos quais ressalta-se: “a ilimitada possibilidade de revisão judicial do ato praticado pela administração, seja qual for a autoridade responsável.”¹⁶² O cidadão brasileiro (e agora com a ampliação dos instrumentos, também a sociedade civil, por meio dos processo coletivos) é mais aparelhado para o fortalecimento da democracia decorrente do controle do Poder Público por meio da **revisão judicial** e das **tutelas específicas** que lhe são disponibilizadas.¹⁶³ Essa lição se complementa com a exortação de que: “o ponto é assaz importante e deve servir de estímulo para que o Judiciário brasileiro, imbuído do espírito de defender os direitos do cidadão e não vagos interesses ditos públicos, passe a efetivamente controlar e coibir os eventuais excessos da administração pública.”¹⁶⁴

Tudo isso se potencializou na Constituição Federal de 1988. A “Cláusula Aberta do Controle Judicial” foi ampliada para abranger direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) e as ameaças a direito. Forma-se, ao mesmo tempo, **um sistema de tutelas coletivas e um poder geral de urgência** (cautelar ou antecipada). Isso porque, depreende-se da nova redação do art. 5º, XXXV, inserto no capítulo dos **direitos e**

¹⁶¹ Indica-se, *infra*, pelo menos dois grandes autores que perceberam essa maior profundidade de controle no direito brasileiro: PONTES DE MIRANDA e ALVARO DE OLIVEIRA.

¹⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 103.

¹⁶³ Essa é uma das oportunidades institucionais abertas para a democracia pós-Estado Social. Cf. SANTOS; MARQUES; PEDROZO. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fevereiro, 1996. SANTOS; AVRITZER. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS. (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

¹⁶⁴ *Ibid.* Sobre essa desmedida tendência ao favorecimento da coisa pública e sua crítica cf. ÁVILA. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24, p. 159-180, 1999.

deveres individuais e **coletivos** que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito”.

As ações coletivas são, conseqüentemente, ainda mais necessárias para atingir este desiderato, dada a abrangência e âmbito da tutela que proporcionam. Na verdade, o reconhecimento dos direitos coletivos só aconteceu na Carta de 1988. Até a EC 01/69, a garantia da ubiqüidade da justiça vinha sempre referida aos direitos individuais (infra). O título II da vigente Constituição trata, no entanto, dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os coletivos *lato sensu*, não persistindo na **antiga limitação aos direitos individuais**. A cláusula atual do art. 5º, XXXV da CF/88 revela-se **muito mais ampla**.

É preciso observar que a limitação aos direitos individuais, como corolário das regras do racionalismo e da autonomia da vontade, manteve-se na maioria das Constituições européias do pós-guerra. Mostra-se como a regra de que ao titular do direito cabe a plena disponibilidade da sua defesa, verdadeira “*golden rule*”(sic.) da legitimação ativa.¹⁶⁵ Contemporaneamente, contudo, os mecanismos processuais da substituição processual (LACP, CDC etc) permitem que a sociedade seja “representada” por seus entes exponenciais, as associações civis, o Ministério Público etc.

¹⁶⁵ Cf. ZANETI JR., **Mandado de segurança coletivo**, p. 62-68 (direitos e “interesses”); p. 92-100 (legitimação ativa).

Já a tutela de urgência¹⁶⁶ revela-se esforço na busca de medidas adequadas para a prevenir o ilícito, garantindo a efetividade do instrumento processual.¹⁶⁷ No Brasil a tutela de urgência representa o gênero, do qual se exibem como espécies: a tutela cautelar, que tem como regra geral o poder geral de cautela, inserto no art. 798 do CPC, e a tutela antecipatória, que tem sua disciplina geral determinada atualmente pela redação do art. 273, incisos e parágrafos do CPC.¹⁶⁸ Contudo, de muito grande importância é a afirmação de que a **tutela de urgência**, que se subdividiu nos dois grandes grupos acima, **tem sede constitucional**.

Quando o art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a **ameaça** a direito, expressamente autoriza a tutela de urgência e também a tutela preventiva do ilícito.¹⁶⁹ Essa natureza constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 4, que determinou que o **“poder de acautelar é imanente ao de julgar.”**

¹⁶⁶ Para o estudo no Brasil da tutela de urgência recomenda-se a leitura de CALAMANDREI. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936; e da obra nacional que segue esta doutrina e serve como prova de sua maior difusão entre nós: LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII, t. I. Cabe ainda citar, célebre discussão traçada por Silva que ressalta que a característica inerente às medidas cautelares não reside na **provisoriedade** como queria Calamandrei e grande parte da doutrina nacional (entre estes, Galeno Lacerda e Bedaque) e sim na **temporiedade**. Esta distinção implica repudiar outra tese da doutrina clássica, a de que as cautelares são processos de instrumentalidade ao quadrado (CALAMANDREI, **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, p. 21), voltados, não para a tutela do direito subjetivo de forma imediata, mas para sua tutela “mediata”, portanto, para a tutela do processo. Silva afirma ser o processo cautelar e as mediadas cautelares (mais genericamente) direcionados para a tutela do objeto cautelando, uma situação jurídica de perigo (aparência de direito) que precisa de uma prestação jurisdicional que a assegure. Cf. SILVA, **Curso de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. III.

¹⁶⁷ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA. Perfil dogmático da tutela de urgência. **AJURIS**, ano XXIV, n. 70, p. 214-239, junho, 2001. p. 219. E, ainda, “É inegável, todavia, **que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar alguma pessoa**: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído. Daí a legitimidade da recondução dessas duas ordens de medidas a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a **das medidas de urgência**. E à moderna ciência processual, que é avessa a conceitualismos e se preocupa primordialmente com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, **muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam.**” DINAMARCO. Candido Rangel. O regime jurídico das mediadas urgentes. **AJURIS**, ano XXVI, n. 82, p. 271-302, junho, 2001. p. 277, (sem grifo no original).

¹⁶⁸ No mesmo sentido cf. DINAMARCO, **O regime jurídico das medidas urgentes**, p. 282.

¹⁶⁹ Na doutrina, conferir, por todos, ARRUDA ALVIM. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias. **Revista de Processo**, ano 25, n. 97, p.51-106, janeiro/março, 2000. p. 101-102 (com citações bibliográficas na nota 123).

A relevância desta disposição para o direito processual moderno está na afirmação de Chiovenda “o direito deve dar a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber”.¹⁷⁰ Assim, não pode o direito tutelar apenas o réu. Garantir a efetividade da prestação jurisdicional apenas ao final significaria subjugar o direito do demandante. Daí o acerto da interpretação da norma constitucional que prevê a abertura para o deferimento da tutela.

Em muitos casos e situações da vida, a conduta diversa de tolher o acesso ao bem da vida, representa uma injustiça, um favorecimento desmedido, que contraria o axioma chiovendiano, pois quando o tempo impede a máxima coincidência entre o pretendido e o obtido (efetividade), surge a necessidade de garantir o direito do autor, mesmo sem uma instrução probatória completa, mesmo diminuindo, em certa medida, e, por um determinado espaço de tempo, a certeza da decisão (segurança jurídica). O essencial para justificar a prestação jurisdicional de urgência, que se liga a segurança do direito, quando cautelar, e a satisfação do direito, quando antecipatória,¹⁷¹ identifica-se na presença do binômio: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Portanto, apesar de a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória apresentar boa técnica processual, não se pode estancar as necessidades do cotidiano forense em homenagem a esse tecnicismo. Revelado está que o processo civil não é fim em si mesmo. É justamente essa mensagem que decorre do “formalismo-valorativo”. A forma serve como garantia e não amarra da Justiça.

¹⁷⁰ Este princípio (ou postulado) da **máxima coincidência**, como vem sendo chamado na doutrina, tem na sua redação original a seguinte expressão: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire.” p. 110. CHIOVENDA. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I, p. 102-119.

¹⁷¹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Perfil dogmático da tutela de urgência**, p. 225.

Nesse sentido, demonstra-se imprescindível a percepção de que todo o movimento de reforma do Código de Processo Civil está indo ao encontro da efetividade processual, e, para tanto, superando antigos dogmas da visão estreita de segurança jurídica. Essa é a ideologia por trás do novo direito processual civil. Se o processo não é mera técnica, simples forma, mas é, ao contrário “formalismo-valorativo”, deve, então, ser conformado dentro da ideologia propugnada pelo sistema, não podendo ocorrer interpretação restritiva de dispositivos jurídicos para limitar a sua aplicação prática.¹⁷²

Destarte, a técnica processual da tutela de urgência exige uma confluência entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias como imperativo de sua adequação constitucional.¹⁷³

A reforma constitucional do Poder Judiciário perpetrada pela EC/45 acresceu, ainda, um importante dado que não se poderá explorar de imediato, mas que precisa ser salientado.

Ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes abriu espaço para a consolidação de uma antiga regra de Direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: **o stare decisis**.¹⁷⁴

¹⁷² O labor, aqui desenvolvido, tende a salientar a importância da efetividade para o autor em juízo; contudo, nada impede ressaltar que deverá sempre ser observada a razoabilidade para que o processo não se torne um “**processo civil do autor**”, onde apenas este é beneficiado. Ocorrendo exagero, deverá ser reprimido, *summum jus, summa injuria*. **Essa orientação segue preservada, ademais, em um paradigma discursivo do processo.**

¹⁷³ Nesse sentido expressou sua opinião, abalizada, Dinamarco: “Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos [cautelares e antecipatórias], ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar.” Tal é sua conformação constitucional dentro do marco da “**Cláusula Aberta do Controle Judicial**” determinando ao Poder Judiciário o “**poder geral de urgência**”. Cf. DINAMARCO, **O regime jurídico das medidas urgentes**, p. 281.

¹⁷⁴ Na locução completa: *stare decisis, et non quieta movere* ou “mantenha o já decidido de modo pacífico”, brocardo traduzido por Aliomar Baleeiro quando do comentário sobre a criação do direito sumular no Brasil da CF/46. “A regra, pois, prestigia o precedente, protegendo-o contra o individualismo do juiz e contra a instabilidade do próprio Tribunal.” Bem oportuna é a crítica afastando a leitura apressada da súmula como se se tratasse dos prejudgados do art. 861 do CPC/39 ou dos assentos das Ordenações Manuelinas e Filipinas (Liv. I, Tít. V, § 5º) “no assento, suscitava-se a dúvida ao regedor, que a submetia à Mesa Grande, para depois ser anotada, como regra futura, no ‘livrinho’ da Relação ou da Casa da Suplicação, a

O Direito anterior já se direcionava para essa realidade: quer pela prática nos pretórios (cada vez mais os juristas utilizam as jurisprudências e conhecem os precedentes, principalmente dos Tribunais Superiores, em seus trabalhos forenses), quer pelas reformas do CPC, *e.g.* o art. 557 e o conceito de “jurisprudência dominante”, pelas leis extravagantes, como a Lei dos Recursos (Lei 8.030/90) e algumas leis da advocacia pública, e, ainda, muito importante, pela adoção da vinculatividade das decisões nas ações de controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º da CF/88 e Leis 9.868/99 e 9.882/99).¹⁷⁵

Destarte, temos a recepção constitucional tardia da jurisprudência dos precedentes que exige dos juristas uma preocupação renovada com o método (não só no fórum, mas também na doutrina e no ensino jurídico). São temas que deverão fazer parte do nosso cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável na prática a jurisprudência dos precedentes; o *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento; e, o *overrule*,¹⁷⁶ alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores (lembramos o óbvio: o direito é dinâmico).

menos que entendessem de levar a controvérsia à decisão d’el-rei.”(BALEEIRO. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. p.127). “A súmula não se baseia na solução provocada por uma dúvida, mas na predominância da jurisprudência sobre cada tese controvertida, de sorte que, como no *stare decisis*, o Supremo se inclina a julgar do mesmo modo sem novo embate.” (Id., p.128). Baleeiro diz e prova com estatísticas da época que as mudanças ocorridas no período “revolucionário” (sic.) possibilitaram a redução de trabalho no Supremo (com um julgamento efetivo mais de 90% superior em 1966 ao mesmo período em 1965). Indica, sobretudo, que foram arquivados por força da EC nº 16, e por força da súmula, 1.562 processos até 13.06.1966. Cf. BALEEIRO. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. p. 133-134.

¹⁷⁵ Conforme noticiou o boletim informativo do STF o art. 28 da Lei 9.868/99, norma referente ao efeito vinculante da ADI e ADC, foi julgada constitucional pelo pleno. “Efeito Vinculante em ADI – 1. Concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Min. Maurício Corrêa, relator - que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Município de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADIn 1.662-SP por falta de legitimidade ativa ad causam do reclamante - **o Tribunal, por maioria, decidiu todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade, sejam considerados como parte legítima para a propositura de reclamação, e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99**. Considerou-se que a ADC consubstancia uma ADI com sinal trocado e, tendo ambas caráter dúplice, seus efeitos são semelhantes. Vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que declaravam a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por ofensa ao princípio da separação de Poderes. (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”). Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 6.11.2002. (RCL-1880).

¹⁷⁶ Baleeiro, com apoio no *Justice Douglas*, reconhece que o *stare decisis* não é revogado (*overruled*) de imediato pelo precedente que o supera, geralmente se trata de um *fait accompli*, ou seja: “mercê de distinções das circunstâncias dos casos

1.2 A ALTERAÇÃO DO PARADIGMA PROPOSTA PELO PRESENTE TRABALHO

O tema crucial desta tese é o estudo do direito processual civil sob a perspectiva e a influência democratizadora e constitucionalizadora do Estado Democrático Constitucional de Direito. Nos capítulos que seguem serão investigadas as relações entre racionalidade e processo e entre política e direito no marco da ciência normal (KHUN) em confrontação com as exigências do Estado Democrático Constitucional e a já iniciada virada dos paradigmas da racionalidade jurídica e Política do Direito (ciência extraordinária ou revolucionária).¹⁷⁷

Todo o conhecimento parte do espanto como sua premissa filosófica. O Estudo do mandado de segurança coletivo, tema da dissertação de mestrado que antecedeu essa tese,¹⁷⁸ legou a perplexidade diante do “paradoxo metodológico” (DINAMARCO)¹⁷⁹ do direito processual civil brasileiro. Tal espanto leva a uma contraposição entre os modelos das duas principais tradições jurídicas contemporâneas. De um lado, o processo constitucional predominantemente formado pelo ideal de justiça e de prevalência da ação ao direito (*remedies precede rights*),¹⁸⁰ que caracterizam a tradição de *common law* e deita suas raízes na recepção do direito constitucional norte-americano na Primeira República (Constituição Republicana de 1891); de outro, o processo infraconstitucional predominantemente voltado à

novos há um gradual e relutante repúdio do precedente. Quando a Corte muda a jurisprudência, a evolução está no fim e não no começo.” BALEEIRO, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, p. 127.

¹⁷⁷ A contraposição se dá entre ciência normal (paradigma vigente) e ciência extraordinária (paradigma emergente). KHUN. **A estrutura das revoluções científicas**, 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 29.

¹⁷⁸ ZANETI JR. **Mandado de segurança coletivo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

¹⁷⁹ Cf. DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I. p. 176. Ver infra 1.1.3.

¹⁸⁰ Na referida fórmula clássica de Maitland que traduz a experiência pragmática norte-americana “the remedies precede rights”. Cf. MAJO, **La tutela civile dei diritti**, p. 71.

realização dos direitos individuais e centrado no direito privado, predominantemente de tradição romano-germânica, principalmente após o advento do Código de Processo Civil de 1973.

Esta perplexidade se aprofundou com a percepção de que as lógicas jurídicas são radicalmente diferentes nas duas tradições, como demonstrou o excelente estudo de Giuliani “O conceito de prova: contribuição à lógica jurídica”.¹⁸¹ Há uma radical contraposição entre o argumento e a demonstração, entre a lógica discursiva (dialética) e a lógica apodítica (matemática). Tomados como arquétipos, em abstrato e pelas características predominantes, as grandes tradições jurídicas apresentam traços e elementos que podem ser reduzidos em complexidade para facilitar a comparação.

No Direito do *common law* os juízos apresentam-se predominantemente argumentativos e a construção do direito se dá principalmente pela jurisprudência (*judge-made law*), seguindo a tradição clássica grega de posição simétrica entre as partes. No Direito romano-germânico os juízos mostram-se predominantemente demonstrativos e a construção do direito resta apropriada totalmente pelo legislador (*Code-based legal systems*); esses últimos seguem a tradição “moderna” europeia (séc. XIX) de predominância do Estado-juiz na relação processual, juízo assimétrico, intimamente ligados à noção germânica (bárbara) do direito à serviço da pacificação social, o direito exclusivamente como elemento de estabilização da sociedade. Tal acomodação, como é evidente e se demonstra abaixo, não significa que os ordenamentos particulares não apresentem particularidades em um ou outro sentido, antes o contrário.

¹⁸¹ GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica. passim.*

1.2.1 A Inexistência de Modelos Puros: a Busca pelos Elementos Determinantes como Método de Comparação das Tradições Jurídicas do *Common Law* e do Direito Romano-Germânico “*Tertium Comparationis*”

No curso do trabalho utiliza-se o método comparativo para traçar os arquétipos do discurso processual e judicial. Não há o modelo puro, mas, simplificando na comparação, apresenta-se os modelos como na Arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio. Nada obsta que a unidade externa seja quebrada ou desmentida pelo interior da morada, contudo as características de sua fachada ainda assim permitem identificar uma forma de fazer Arquitetura.

É essa forma mais ou menos homogênea em seus traços e problemas fundamentais que utiliza-se como modelo de comparação. **A comparação procura constranger a análise do problema de fundo: a racionalidade jurídica e a relação entre Direito e Política (Poder e Direito) no Direito da tradição norte-americana e na tradição romano-germânica.** Posteriormente ao confronto, **sua particular predisposição para desenvolvimentos futuros no direito brasileiro do Estado Democrático Constitucional.** Esse é o problema de fundo, que permite comparar as soluções dadas e adequá-las ao desenvolvimento histórico e jurídico atual. É o elemento “*tertium comparationis*”, salientado por Cappelletti,¹⁸² que se pretende visualizar aqui, em uma compreensão do direito comparado como “fonte do direito”.¹⁸³

¹⁸² Cf. CAPPELLETTI. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 17.

¹⁸³ Id., *Ibid.*, p. 13.

O conteúdo das tradições se revela na História. Toda a historiografia liberta.¹⁸⁴ Por essa motivação histórica as tradições apresentam distintas características. **A tradição de *common law* apresenta-se ligada ao Direito como argumento, ao controle do poder por meio do juiz** (que representa o júri histórico, o julgamento pelos seus pares, garantido na *Magna Charta Libertatum*) . **A jurisprudência aparece como fonte primária do Direito.** Tudo em um processo simétrico, com poderes e deveres iguais para as partes, mas com excessiva ausência do Estado na investigação da verdade. **A tradição romano-germânica, por outro lado, aparece ligada ao Direito como demonstração, ao poder centralizado no soberano** (nas democracias representativas atuais, substituído pelo legislador popular, em assembleias, ou pelo chefe do Poder Executivo, mediante o uso dos chamados “decretos-lei”). **O julgador é o juiz-burocrata, aplicador lógico do direito, sem a interferência da vontade criativa na jurisprudência.** Contrapõem-se, perfeitamente, os modelos do juiz Hércules e do juiz Júpiter (OST).¹⁸⁵

Um sistema garante a **liberdade democrática pela participação direta mediante a provocação do Judiciário** (*judicial activism* – mesmo que sofrendo críticas restritivas – *judicial restraint*) que controla o poder pela **revisão judicial de seus atos** (*judicial control* ou *judicial review*) no qual **o Estado está submetido ao Direito** (*Rule of Law*); o outro, fundado na **legalidade** (Estado de Direito), vê na **lei elaborada pelos representantes eleitos o garante da liberdade**, um parlamento eleito que reflete a vontade popular, sendo os **juízes técnicos habilitados à identificação lógica e “racional” desse direito**, representada por um raciocínio demonstrativo, subsuntivo e apodítico, que tem na sua **premissa maior a lei**, como vontade do legislador.

¹⁸⁴ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 7.

¹⁸⁵ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. *DOXA*, n. 14, p. 169-194, 1993. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/index.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2005).

Percebe-se, facilmente, a enormidade de questões que essa contraposição radical suscita. A legitimidade das decisões dos tribunais, no primeiro sistema, a ausência de atualização e a manipulação dos ideais democráticos por grupos sociais dominantes e pelo chefe do Poder Executivo, no segundo.

Afirma-se novamente, não existirem modelos puros. Pode-se aprofundar a crítica constatando algumas de suas mazelas. O sistema da criação judicial do direito não deu conta das necessidades modernas, viu-se e vê-se obrigado, nos países que o adotam, a uma radical mudança de premissas, adotando um sem número de leis escritas para diversas matérias, notadamente para regular o direito processual civil. Essas regras, denominadas *statutes*, representam a necessidade de ordem e de limites no processo, em uma palavra de legalidade. Por outro lado, **a constitucionalização dos direitos e dos princípios**, ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra, ruiu em definitivo o Estado de Direito legalista do século XIX.

O positivismo, de matriz racionalista apodítica, do chamado paradigma legalista, em que a lei era a fonte primária única e se apresentava confiável para solucionar em abstrato todas as questões surgidas no sistema, foi substituído por técnicas legislativas mais abertas, a exemplo das chamadas “**cláusulas gerais**”, obrigando o juiz à criação no caso concreto e a doutrina a busca de modelos normativos jurisprudenciais para conferir certa estabilidade ao direito aplicado (MARTINS COSTA).¹⁸⁶

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. II, n. 4, p. 347-379, junho, 2004. (edição especial – inserção internacional – 2000-2003).

1.2.2 A Constitucionalização do Direito e a Tradição Brasileira na Aproximação entre a *Common Law* e a Tradição Romano-Germânica

A par disso, o direito se constitucionalizou. No conhecido movimento do pós-positivismo, com a principalização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa: **todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é Direito.** Essa unidade não está mais vazada nos termos das lógicas matemáticas, mas sim das lógicas discursivas e da hermenêutica que substituíram os antigos juízos de certeza e completude dos sistemas codificados.

Uma outra consequência desse movimento revela-se na dissolução da aparente contradição entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais, que é, portanto, circunstancial. No Brasil isso não é novidade, para além da tradição portuguesa que até onde nos influenciou não havia abandonado a riqueza medieval do “bartolismo” (antes com *Akursio* e *Bartolo*, depois com as reformas pombalinas que apontavam para a doutrina e leis das “nações evoluídas” em busca da “boa-razão”), a fusão provocada pela revolução institucional da Constituição Republicana oportunizou que se tivesse o controle de constitucionalidade das normas (controle difuso e concreto) e a possibilidade de revisar os atos judiciais dos demais poderes por meio de ações para garantir os direitos individuais: a jurisdição constitucional das liberdades (*habeas corpus* e mandado de segurança).

Em uma palavra: ***judicial review*, elemento chave do sistema de freios e contrapesos, com a consequente tarefa do Judiciário de harmonização entre os poderes e**

garantia dos indivíduos frente ao abuso de poder. Ademais, nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei, antes, como ainda hoje escreve a cláusula constitucional: **“a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”** (art. 5º., XXXV da CF/88) . Os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a Justiça.

Por tudo isso, o Brasil tem uma enorme vantagem decorrente da sua formação híbrida, a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na Justiça como valor e uma maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos *a priori*, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida. Pode-se utilizar essa vantagem para a institucionalização de uma prática judiciária mais democrática e conforme os objetivos da Constituição Federal de 1988.

1.2.3 A Virada das Influências Políticas e do Discurso na Constituição Federal de 1988 (Democratização do Direito)

Com a **Constituição de 1988** ocorreu uma alteração do paradigma das influências políticas. Passou-se de **uma democracia centralista, fundada na prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com a abertura participativa e o reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial**, com especial implicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos pré-concebidos, para **um discurso democrático, que relaciona**

autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica, em síntese: na garantia substancial do contraditório.

O fenômeno decorre da principalização do Direito. Daí que o próprio direito material exigiu essa transformação, na medida em que não contém mais somente regras com premissas (suporte fático) e conseqüências (sanção jurídica). O Direito incluí, hoje, uma forte dose de indeterminação, quer pela sua submissão aos parâmetros de Justiça, aferíveis da Constituição, quer, mais notadamente agora, pela profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a conseqüência jurídica de forma determinada. Assim, abrem espaço para sua determinação judicial.

Em outras palavras, com a constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei. A jurisprudência atua, hoje, na consecução dos direitos subjetivos, individuais e coletivos. Como o CPC limitava o juiz à norma legal (art. 126 do CPC), relegando a jurisprudência ao *status* de fonte secundária, surge o paradoxo entre o mandamento constitucional de Justiça e realização do Direito (art. 5º., inc. XXXV da CF/88) e a limitação do juízo de aplicação do direito à lei. É lição antiga no direito brasileiro que o Direito não se reduz ao texto legal.

Por este motivo, com a assunção do Direito Constitucional e da Constituição ao posto de fator de unidade do ordenamento jurídico, esse paradoxo se dissolve, revelando-se para a doutrina um “**falso paradoxo**” entre o direito processual constitucional e o direito processual infraconstitucional **que deverá ser suplantado pela unidade da Constituição**. Evidencia-se

uma correlação necessária entre as tradições constitutivas do processo civil brasileiro. Direito constitucional de matriz norte-americana, predominantemente, e Direito infraconstitucional de matriz européia-continental. Nesse estado da questão o Poder Judiciário está comprometido com a preservação dos valores democráticos na aplicação do direito.

Portanto, afirma-se que com a Constituição de 1988 o direito processual civil brasileiro se constitucionalizou em definitivo. Não se pode continuar imaginando-o como a sombra da doutrina italiana e alemã, restrito a dogmática binária credor/devedor, de caráter marcadamente privado e individualista. Para além da tradição romano-germânica, da qual os brasileiros são tributários em razão última do CPC de 1973 (entre outras tantas influências, como o próprio Código Civil de 1916 e a doutrina francesa de direito administrativo que conformou nossa legislação material), outras fontes interferiram em sua formação processual. São as fontes constitucionais do *common law*, influência direta e originária da Constituição Republicana de 1891, e as “tradicionalistas”, decorrentes da nossa tradição luso-brasileira, a exemplo da notável aptidão brasileira para o uso das fontes doutrinárias na produção legislativa e aplicação do direito nos tribunais, o já denominado “bartolismo”¹⁸⁷ (Ordenações).

Por outro lado, a recuperação da tópica para o discurso jurídico (retorno ao problema), a constitucionalização dos princípios e as cláusulas gerais (nova codificação pós-positivista) são o espaço de abertura para a percepção de um processo civil comprometido com a proposta do Estado Democrático de Direito (art. 1º. da CF/88) e com o aprofundamento da democracia participativa, constituindo o Poder Judiciário como espaço privilegiado para o debate

¹⁸⁷ Sobre Bartolismo consultar o Livro II, Tít. IX das Ordenações Afonsinas. Importante salientar a migração do direito subsidiário (Bartolismo) para o Livro III, Tít. LXIV, das Ordenações Filipinas. Cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes do direito**, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. p. 314. Para uma aproximação preliminar do tema e fontes bibliográficas Cf. MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado**. p. 241-246.

democrático e impondo a passagem da jurisprudência de um papel meramente secundário para o de fonte primária do direito.

1.2.4 O Diagnóstico e suas Limitações: a Busca pelos Platôs de Entendimento

Não serão apresentadas, neste trabalho, em profundidade, as soluções típicas para os temas levantados. O estudo tem força de diagnóstico. O objetivo é o de indicar a virada do paradigma racional e político do Direito no âmbito do processo civil após sua definitiva constitucionalização (CF/88). Para tanto, extraí-se exemplos da realidade dos direitos e apresenta-se temas que apontam para essa virada, sem contudo reduzir a proposta à defesa de uma ou outra posição sobre um ou outro instituto em particular.

Assim, as dissensões sobre o alcance da influência do direito norte-americano, sobre a revisão dos atos dos demais poderes pelo Judiciário, sobre as relações entre Direito e Política, sobre o modelo e o conceito de Estado Democrático Constitucional, bem como, e principalmente, sobre as súmulas vinculantes, devem ocupar o espaço do debate nesse contexto, não em outro. De outra sorte, esses apontamentos servem também como exortações à pesquisa futura (inclusive do próprio expositor). As teses têm limite temporal, a pesquisa também. Importa tomar a linha do cientista pró-ativo que busca identificar os platôs de entendimento filosófico (PCEZENIK)¹⁸⁸ em uma crítica da estrutura ontológica na forma fraca (VATTIMO),¹⁸⁹ evitando a diluição do conteúdo do discurso em uma vazia tentativa de

¹⁸⁸ PCEZENIK. Can philosophy help legal doctrine? *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, p. 106-117, março, 2004.

¹⁸⁹ VATTIMO. *O fim da modernidade*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. VATTIMO. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Tradução: Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

superação (bem identificada nas ciências modernas com pretensão totalizante). Antes, será necessária a adoção de uma postura de cooperação, para identificação dos pontos comuns, o que de resto é natural a tentativa de entendimento nas sociedades pluralistas. Fora isso, só resta o absolutismo de valores.

Nesse sentido, os limites da pesquisa estão restritos ao método demonstrativo e histórico, são aportados elementos bibliográficos para a descrição do discurso e da racionalidade jurídicos e das relações entre Direito e Política, principalmente quanto à criação judicial do Direito e a sua ligação a um modelo de Estado e a uma concepção de política. Assim, para determinar as premissas, trata-se da argumentação jurídica e das relações entre democracia e processo. Essa a relação dos primeiros dois capítulos que seguem e fundam as premissas identificadoras da virada de paradigma no processo civil brasileiro. Mais adiante, na segunda parte do trabalho, trata-se de conceituar o direito processual na perspectiva constitucional e de descrever o módulo processual jurisdicional civil. Na continuidade, relacionando os planos do direito material e processual em uma “teoria circular dos planos”, com espaço para criação judicial de direitos subjetivos e a justiciabilidade de novos direitos caminha-se para, ao final, determinar a jurisprudência como fonte primária do direito.

Com isso apresenta-se uma contraposição à ciência normal, aos trabalhos que versaram sobre o tema e apontam, ora uma divisão radical entre o plano do direito material e o plano do direito processual, ora uma estrita separação de poderes, com uma sabidamente irreal divisão de tarefas (ninguém nega, no Brasil, a extensiva atividade legiferante do Poder Executivo). Modificando o estado da questão, surge a admissão da característica histórica dos sistema brasileiro de freios e contra-pesos para o controle do poder estatal de sorte a afastar a impossibilidade criativa consubstanciada na regra do “legislador negativo” (amplamente

defendida, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal), escudada na prevalência do direito material *in abstracto* e a natureza hierárquica dos poderes no sistema de separação estanque.¹⁹⁰ Aponta-se, aqui, para uma potencialidade criativa, tópica e participativa, demonstrando como se dá, no atual modelo constitucional, a abertura do espaço jurídico para a prevalência do juízo argumentativo e simétrico (paradigma emancipatório), sobre a demonstração lógica e assimétrica, fundada na vontade do soberano (paradigma legalista).

1.2.4.1 A racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo e a sua ligação com o direito probatório

Nessa toada, apresenta-se a nova racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo na teoria do discurso, como uma contraposição ao paradigma legalista do Estado de Direito do século XIX. Traça-se a evolução histórica do *ordo judicarius* ao *processus* demonstrando a que serviu a passagem do juízo, como ato de três pessoas: autor, réu e juiz, para o processo, ramo do direito mais adequado a lógica matemática (LEIBNIZ), no quadro

¹⁹⁰ Sobre a relação entre os sistemas de autoridade coordenada e hierárquica na aplicação do direito e na organização da autoridade estatal frente aos participantes do processo cf., com grande proveito, o profundo trabalho de: DAMASKA. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven/London: Yale University Press, 1986. p. 97-146. Como restou evidenciado pela contribuição de Kelsen no controle de constitucionalidade, as constituições escritas e rígidas (como as constituições do Brasil, a partir de 1891) são caracterizadas por um processo diferenciado de modificação em relação as leis ordinárias, têm, por isso, nos **instrumentos de controle de constitucionalidade sua mais eficaz e principal garantia** (Kelsen). Toda a tese de Kelsen está justificada no fato de que a Europa não pôde adotar o controle difuso dos EUA, porque enfrentou três objeções fundamentais criadas pela sua própria história política: *a*) a sacralização das leis; *b*) a potencial ofensa a separação de poderes (que já vinha afastada por Hamilton nos *Federalist Papers*, uma vez que o poder do povo estava na Constituição, que era superior ao poder representativo do legislador e ao poder do juiz); *c*) a incapacidade do juiz ordinário para exercer a jurisdição constitucional (ausência de legitimidade decorrente da antiga vinculação ao soberano associada a “nobreza de toga”). COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. **Jurisdição constitucional concentrada no Brasil**. <http://www.agu.gov.br/advgeral/discursos/palestra.pdf>. acesso em 03 de novembro de 2005. Tal argumento, como se viu, não está adequado a nossa evolução histórica, muito mais rica. Portanto, falar em vedação do juízo positivo de conformação da lei é anacrônico no Brasil.

da apropriação do Direito pelo soberano, verticalizando a relação processual: o Direito do Estado-juiz.

O instituto processual que melhor demonstra essa passagem e essa contraposição é o direito probatório, historicamente o primeiro a sofrer os influxos da racionalização iluminista com a radical cisão entre questão de fato e questão de direito. Aborda-se ali o conceito de verdade do processo civil na ciência normal, ligado à lógica jurídica formal e demonstrativa, em contraposição ao conceito de verdade como argumentação, ligado à lógica tópica clássica (matriz grega e de *common law*). Em seguida propõe-se a superação da cisão entre os modelos com a acentuação tônica na racionalidade prática procedimental, identificando, na pretensão de correção e na correta individuação do *thema probandum* (pelo método tópico), um modelo teórico mais aderente ao atual momento de desenvolvimento do processo no Estado Constitucional Brasileiro.

1.2.4.2 A relação entre Direito e Política: a democracia participativa e a máxima da cooperação

A segunda premissa, no terceiro capítulo dessa primeira parte, procura dissolver outro engano, a falsa ou falseada separação estanque de poderes e a vedação da atividade política pelo Judiciário em razão da sua aparente neutralidade como poder. Uma neutralidade que contamina também os direitos, que são vistos como elementos estranhos à Política. Afirma-se: **direitos fundamentais são direitos políticos em todas suas dimensões**. Para tanto, mostra-se que na atual fase de desenvolvimento da teoria jurídica não se pode mais admitir a redução

da democracia apenas à representação pelo voto, como não se imagina reduzir a cidadania aos direitos políticos. A democracia não é um dado e sim um construído que se conquista a cada dia.

Justamente por isso, identifica-se, em Bobbio, a necessidade de passar da democracia representativa para a democratização da sociedade e indo além, com Souza Santos, apresenta-se a crítica à estagnação do Poder Judiciário no modelo de Estado Liberal, que pretende reduzir o Judiciário a espaço de solução apenas de controvérsias entre particulares e, no limite, como freio das políticas públicas ofensivas das liberdades negativas (direitos fundamentais de primeira dimensão). Aqui se apresenta a dicotomia Direito/Política como falsa e indica-se sua origem histórica grega, na filosofia idealista de Platão (POPPER),¹⁹¹ após a morte de Sócrates (ARENDDT),¹⁹² e sua continuidade e aprofundamento na tentativa racionalista de atingir as ciências puras.

A democracia participativa exige uma desangularização das relações de poder. O Poder Judiciário não se livra solto com essa conformação de idéias, é reduzido, como todo o poder que emana do povo, a um dever-poder, identificando seu compromisso com a provocação pelas partes (inércia) e ao controle da motivação das decisões. No pós-positivismo, após a fatalidade da Segunda Grande Guerra, **não se ilude mais o jurista sobre o conteúdo político dos direitos e jurídico da política que a Constituição observa e conforma.**

¹⁹¹ Ideologia das formas, da teoria platônica das formas ou idéias. Cf. POPPER. **A sociedade democrática e seus inimigos.** esp. 33-50.

¹⁹² ARENDT. Filosofia e Política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências.** Organização Antônio Abraches. Tradução Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 91-115.

Para ultrapassar a barreira das resistências opostas, buscando uma alternativa, a contraposição conhecida entre direito-liberal/processo-garantista e direito-comunitário/processo-social, que ao fim e ao cabo é a contraposição sociedade e indivíduo, propõe-se um modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos: condições de comunicação (HABERMAS)¹⁹³ lastreadas na pretensão de correção (ALEXY),¹⁹⁴ ou seja, na garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa.

No direito processual esse modelo normativo é expresso na máxima da cooperação (*KooperationsMaxima*), e importa na necessária visão cooperativa do processo. (ALVARO DE OLIVEIRA)¹⁹⁵ que deve ser seguida pelos três participantes de seu esquema mínimo: autor, réu e juiz.

1.2.4.3 Processo constitucional lato sensu, teoria circular dos planos e jurisprudência como fonte primária: síntese do fenômeno da constitucionalização do processo

Os elementos teóricos recolhidos serão aplicados na perspectiva do que já ocorre no direito pátrio. A tese é na verdade, e nessa perspectiva, um ovo de Colombo, uma revolução copernicana, o que se propõe é uma alteração no campo de visão do jurista, a percepção da

¹⁹³ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. Tradução Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 36, p. 39-54, 1995.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Traducción Paulo Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

¹⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **AJURIS**, ano XXX, n. 90, p. 55-84, junho, 2003.

realidade como ela se dá, a natureza das coisas. A proposta desta tese é próxima a metáfora histórica do ornitorrinco, elaborada por Eco, no conhecido texto “Kant e o Ornitorrinco”.

Não interessa aos brasileiros saber o que os norte-americanos ou os cidadãos dos países desenvolvidos da Europa Continental pensam sobre o processo civil verde-amarelo. Vê-lo fragmentado aos pedaços, identificando as peças do quebra cabeça com seus próprios institutos já conhecidos, não serve ao atual estágio de desenvolvimento científico da ciência processual nacional. Seria, mais ou menos, como afirmar, por absurdo, que o ornitorrinco é feito de pedaços de pato, de castor etc. Interessa, ao revés, estudar nossas influências na perspectiva, já defendida, da recepção criativa. Ou seja, na matriz brasileira dos institutos recepcionados frente ao texto constitucional e na sua teleologia de Constituição Cidadã: uma sociedade pluralista e democrática.¹⁹⁶

Assim, indica-se uma passagem da antinomia processo constitucional *v.* processo infraconstitucional, que constitui o já referido paradoxo metodológico (DINAMARCO), para **a prevalência do processo constitucional, entendido como a unidade do ordenamento processual abaixo da Constituição, em toda a sua extensão.** Deseja-se apresentar aí, em sua conformação histórica e atual, o modelo processual brasileiro híbrido em suas potencialidades institucionais de gerar o suporte para a afirmação do Estado Democrático Constitucional.

Para atingir essa finalidade, primeiro se tratou, nos passos anteriores, do histórico do direito processual constitucional brasileiro, tratar-se-á, no primeiro capítulo da segunda parte, de sua conceituação e conteúdo na jurisdição cível a partir da Carta Constitucional de 1988.

¹⁹⁶ Para o texto de Eco cf. ECO. **Kant e o ornitorrinco.** Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 81 e seg.

São elementos importantes nesse tema, e que já foram abordados anteriormente, a teoria da recepção constitucional (HÄBERLE), o paradoxo metodológico do processo civil nacional (entre o *common law* e a tradição romano-germânica), a revisão judicial dos atos dos demais poderes (cláusula aberta do controle judicial) e a sua recepção na história de nossas Constituições.

O fator de maior importância e relevo na conceituação do processo constitucional *lato sensu*, por outro lado, está na sua maior amplitude frente às tratativas da ciência normal. Aponta-se que o processo constitucional não se limita à jurisdição constitucional *stricto sensu* do controle de constitucionalidade das normas e atos normativos; pelo contrário, é preciso alargar esse conceito para que a constitucionalização do processo seja exercida a pleno, em toda a sua extensão. Nesse sentido, é imprescindível revelar o conteúdo ideológico do direito constitucional e do constitucionalismo, bem como, atrelar essa influência de direito material e processual aos conceitos estruturais do direito processual: jurisdição, ação e processo.

Como fora indicado na formação das premissas, o Estado Democrático Constitucional necessita abrir espaço para a participação dos destinatários finais nos atos de decisão que emanam do poder instituído. Aqui representa o papel principal o princípio do contraditório, só incluído como garantia constitucional, no âmbito do processo civil e administrativo, na Constituição Federal de 1988 (art. 5º., LV). Trata-se de **inversão fundamental no conceito de processo, que passa a ser melhor entendido como “procedimento em contraditório”** (FAZZALARI),¹⁹⁷ abandonando as vestes formais da “relação jurídica processual” que lhe caracterizavam e distinguiam, servindo a qualquer facção ideológica, e aderindo ao

¹⁹⁷ FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*, 8 ed. Padova: Cedam, 1996.

compromisso democrático (MITIDIERO)¹⁹⁸ dos direitos fundamentais de quarta dimensão (direito fundamental de participação no procedimento).

É claro que o processo preserva o tom relacional, ato de três pessoas, mas, ao mesmo tempo, abandona a caracterização pandectista desta relação processual abstrata. O que define o processo é a existência do contraditório, a interveniência do destinatário do ato na formação da decisão, tudo em muito potencializado pela conformação híbrida do processo constitucional brasileiro, daí **o contraditório se apresentar como “valor-fonte” do processo democrático.**

Para melhor definir essa nova noção dissecam-se suas características estruturais e faz-se a necessária crítica da visão privatista de processo (da qual compartilha FAZZALARI), muito mais afeita aos limites da tradição romano-germânica do que a tradição híbrida nacional.

A **teoria circular dos planos** carrega em si uma grande complexidade, tratar do calcanhar de Aquiles da doutrina processual atual: **a relação entre o direito material e o direito processual.** No Estado Democrático Constitucional entende-se que a relação só pode ser dialética, de complementaridade, ou seja, uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e por sua vez seja servido por este (CARNELUTTI).¹⁹⁹

A conseqüência é óbvia, apesar de polêmica. Ademais, revela-se inerente ao atual estágio do direito constitucional (EC 45/04): **a jurisprudência em um direito de princípios**

¹⁹⁸ MITIDIERO. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (no prelo).

¹⁹⁹ CARNELUTTI. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 35, n. 4, p. 539-550, 1960.

e cláusulas gerais, ao densificá-los na aplicação, cria direito, e não prescinde de um caráter vinculativo para fazer valer uma certa estabilidade desse direito criado. A jurisprudência é, portanto, fonte primária do direito, ao lado da lei.

Para chegar a esse resultado seguir-se-á a seguinte linha de exposição. Em primeiro lugar será afastada a redução da relação direito e processo apenas ao conceito de ação, antes será apontado o conceito renovado de processo como alternativa mais acertada ao modelo constitucional vigente nos Estados Democráticos. Daí que, com a tônica no processo, o direito de ação passa a representar um direito cívico (*status activus processualis*)²⁰⁰ servindo como propulsor da construção de direitos subjetivos pelo processo sempre que se esteja trabalhando sobre a matriz principiológica e de cláusulas gerais na, sempre necessária, densificação de sentido. Mas vai além, pode mesmo corrigir o direito posto em contrariedade à Constituição, pois o direito é dinâmico e histórico, elemento da cultura de um povo, e a injustiça, anteriormente legislada, não pode ser mantida sob o argumento da legalidade representativa.

Essa função, mais agressiva ao ordenamento posto e mais difícil de identificar, resta reservada aos chamados *hard cases* (DWORKIN),²⁰¹ pois exige fundamentação eficiente para afastar o princípio democrático de constitucionalidade das leis. Contudo, apenas apontar essa capacidade criativa da jurisdição não basta, para consolidá-la: é preciso fazer uma crítica do sistema codificado que permita identificá-lo em suas virtudes e apontar em que medida ocorrerá sua substituição segura.

²⁰⁰ Conforme a indicação de Canotilho: “a definição de P. Häberle de *status activus processualis*: núcleo de todas as normas e formas que regulam a participação procedimental dos cidadãos atingidos nos seus direitos fundamentais através do Estado de prestações.” (Cf. CANOTILHO. Constituição e défice procedimental. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 73.).

²⁰¹ DWORKIN. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

A fragilização do sistema codificado é antecedida de um período histórico no qual a lei se consolida como fonte primária e o sistema dos códigos representa sua unitariedade. É o período conhecido como o período do “Código-Constituição”. A “Era do Código Civil”, ele, não a lei, representava a unidade do sistema. A Constituição, quando existia, cuidava somente dos direitos liberais (tidos como mera declaração de princípios) e da organização do Estado (sua principal tarefa).

Mas a história das fontes do Direito só é assim no direito racionalista codificado, direito da tradição romano-germânica, ligado aos postulados, já apontados, do paradigma legalista. Não era essa a história das fontes no direito grego, no direito romano do período clássico, no direito comum europeu da primeira fase (Europa do século XII - da qual sobressai o seu caráter emancipatório de recepção do direito romano como luta pela resistência ao poder absoluto dos proprietários de terra e dos soberanos) e não foi essa a opção de resistência ao poder que acolheu a tradição do *common law*, ligada à noção de *judge-made-law*, que, na verdade, decorre da matriz política identificada no “juízo pelos seus pares” e na “lei da terra”, jamais do absolutismo burocrático do juiz funcionário.

Apresenta-se, no tópico em comento, a evolução dessas fontes e as características peculiares do direito processual brasileiro que resistiu às hostes napoleônicas (legalismo oitocentista) mais ou menos até o Código de Processo Civil de 1973. O Direito e os juristas brasileiros estão, como já se referiu antes, fortemente atrelados à aporia da Justiça e da “boa razão” e apresentam uma notável abertura para a doutrina (bartolismo). É justamente essa característica que nos difere muito das escolas francesas (juiz boca da lei) e alemã (*usus modernus pandectorum*), essa última conformada dentro de um fechado normativismo histórico.

Por outro lado, três elementos contemporâneos se somam a essa percepção histórica. A **hipermodernidade** (LIPOVETISKY),²⁰² com aprofundamento e radicalização do mercado (consumo), do individualismo e da tecnologia; o **pós-positivismo**, com a constitucionalização dos direitos no Estado Democrático, ligada ao reconhecimento da normatividade dos princípios (ALEXY e DWORKIN) e a força normativa da Constituição (HESSE);²⁰³ e, ainda, a **aproximação das tradições jurídicas** (*common law* e romano-germânica),²⁰⁴ quer em razão da globalização econômica, quer em razão da insustentabilidade de uma dicotomia radical, frente à evolução natural dos ordenamentos jurídicos.

Esses três fenômenos em conjunto, representam, no nível estrutural, a **quebra da moldura paradigmática** que ainda poderia sustentar alguma razoabilidade ao sistema dos Códigos fechados e ao direito como atividade exclusiva do legislador. Dessarte, **a contraposição direito-legislado e direito-jurisprudencial não se sustenta**. Para além dela, só resta reconhecer que **a diferença**, onde existe, consiste mais no **estilo e na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência**. Revela-se impossível negar o caráter primário das fontes jurisprudenciais, como normas jurídicas em si mesmas.

Isso decorre não mais de meras suposições teóricas, mas do próprio ordenamento positivo. A Constituição estabelece a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal

²⁰² LIPOVETSKY. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

²⁰³ ALEXY em seu “Teoría de los derechos fundamentales”. DWORKIN no também já referido, “Taking rights seriously”. HESSE. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁰⁴ Essa tendência já foi identificada por grandes juristas como Mauro Cappelletti, Eduardo J. Couture, François Ost. Cf. CAPPELLETTI. El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición “civil law” – “common law”: apuntes historicos-comparativos. In: **Proceso, ideologías, sociedad**. p. 315-361, (esp. p. 361, na qual ressalta que os pontos de encontro estão se multiplicando); COUTURE. Función del proceso en el “common law” y en la codificación. In: **Estudios de derecho procesal civil**, 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 47-64 (t. III); OST.; HOECKE. Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. **Legal Studies**. v. 18, p. 197-215, 1998. (HeinOnline – 18 Legal Stud. 197 (1998)).

Federal em controle de constitucionalidade, a lei ordinária determina a possibilidade de julgamento dos recursos conforme a jurisprudência dominante e, mais recentemente, para fechar o círculo virtuoso de recepção constitucional do *stare decisis* em nosso modelo híbrido, o advento das súmulas vinculantes encerra a questão (EC 45/04 - art. 103-A da CF/88).

As novas súmulas, tendo por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, apontam que a criação jurisdicional deverá preservar a estabilidade, visibilidade e coerência do Direito (as súmulas jamais podem ser desconectadas da *ratio decidendi* dos precedentes), tudo isso voltado para um ordenamento jurídico mais coeso e igualitário (inclusive criticável pela sociedade e pelo próprio Poder Legislativo). Ninguém pode deixar de perceber o óbvio; é só retirar a trava do olho que tudo fica claro. No direito brasileiro atual, se a jurisprudência vincula, ela é fonte primária. Dessa forma, **o processo civil exerce o importante papel de ordenar os debates dentro de um procedimento apto a permitir a correta aplicação do Direito (pretensão de correção)**, como se verá nas páginas que seguem e pelos fundamentos já declinados, de forma sucinta, nessa apresentação do estado da questão.

2 PRIMEIRA MUDANÇA: A LÓGICA JURÍDICA E O DIREITO PROCESSUAL. A RACIONALIDADE PRÁTICA PROCEDIMENTAL E O RETORNO AO JUÍZO

2.1 A NOVA RACIONALIDADE PRÁTICA PROCEDIMENTAL E O RETORNO AO JUÍZO NA TEORIA DO DISCURSO: O PARADIGMA LEGALISTA DO PROCESSO (A PROVA COMO DEMONSTRAÇÃO) V. O PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO JUÍZO (A PROVA COMO ARGUMENTO)

Nas notas que seguem, substituíram-se, com larga vantagem de precisão na linguagem, as reflexões anteriores em que se fazia a crítica do paradigma “normativo”. O termo “paradigma legalista” utilizado por Hespanha revela expressão muito mais adequada e traduz a crítica do principal tema da racionalidade “moderna” e iluminista: a prevalência absoluta da Lei como fonte no Estado de Direito do séc. XIX e maior parte do séc. XX.¹⁹⁸ Como se sabe, a norma jurídica evoluiu muito desde sua antiga concepção ligada ao brocardo: *in claris cessat interpretatio*. A Lei (*rectius*: norma) não possui mais um sentido unívoco, subdividiu-se em regras, cláusulas gerais e princípios.

¹⁹⁸ Cf. HESPANHA. Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 5-58.

A Constituição de 1988 caracteriza-se, nesse quadro, por ser uma Constituição do Estado Democrático e Pluralista. Entende-se que **a racionalidade democrática exige**, como elemento fundamental, **o aumento dos meios de participação dos cidadãos na formação da decisão política**. A expressão racional do **pluralismo**, por sua vez, **exige o aumento dos centros dessa decisão, uma multiplicação de instâncias institucionalizadas de poder**. No **paradigma legalista, toda a participação do cidadão se reduzia à representação eleitoral** e todo o poder se centralizava no legislativo, autorizado a fazer a lei (fonte única do direito). O retorno ao juízo significa quebrar essa moldura. **A autoridade, no juízo, é compartilhada, em uma visão “coordenada do poder”¹⁹⁹ entre o juiz, o autor e o réu.**

Damaska desenha dois modelos de processo, identificando suas características conforme preservem **o interesse individual (modelo liberal)**, ou **atuem na consecução de objetivos sociais**, definidos pela comunidade. Divide os modelos hipotéticos em **reativos** (o processo inerte) e de **implementação de políticas públicas** (ativismo judicial). O modelo reativo, Estado Liberal, é representado pelo *adversary sistem* clássico do direito norte-americano. O modelo de implementação de políticas públicas é representado pelo direito europeu continental (principalmente os juízos do período nacional socialista). O primeiro coordenado na divisão das tarefas entre as partes, mas com menor participação do juiz. O segundo, hierárquico, com forte participação do juiz na aplicação das políticas de Estado. A proposta do livro de Damaska é caminhar-se **para o modelo ativista e coordenado**. Aqui se verá primeiro a racionalidade aplicável a este modelo.²⁰⁰

¹⁹⁹ Sobre os modelos hierárquico e coordenado de burocracia judicial (repartição de poder no processo) consultar o excelente trabalho de Damaska, “As faces da Justiça e a autoridade do Estado”. DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven/London: Yale University Press, 1986. 97-146.

²⁰⁰ DAMASKA. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. 146-180.

Dessarte, também no processo passa a ser viável preocupar-se com a identificação e implantação de políticas públicas, tanto na busca da justiça da decisão, como na abertura democrática (debate em contraditório)²⁰¹ para a conformação dessas políticas. O exemplo mais notório dessa nova realidade está, subseqüentemente, no ativismo probatório do juiz e nas ações coletivas. Essa mudança implica o abandono da lógica jurídica apodítica-dedutiva (lei como vértice) e a busca por lógicas mais afeitas ao complexo problema atual da aplicação do direito. É esse o objetivo que se busca alcançar nas notas que seguem.

A importância de refletir a mudança paradigmática do direito processual sobre o prisma do direito probatório decorre da íntima relação entre esse e a lógica jurídica. Salta aos olhos a compreensão de que a ruptura provocada pela modernidade entre a questão de fato e a questão de direito revela, a uma só vez, toda a dificuldade que se enfrentou no modelo paradigmático anterior. A separação forçada entre a lei e a vida.

Em razão dessa ruptura, a lógica jurídica emergente (problemática e discursiva) será analisada, aqui, na perspectiva dos modelos probatórios. Isso porque o estudo dos modelos probatórios denunciou, desde sempre, uma aparente fissura entre as duas grandes tradições atuais de Direito,²⁰² a tradição do *common law* e a tradição romano-germânica (ou canônica). Isto ocorre, como demonstra Giuliani, porque a tradição do *common law* seguiu (a partir do séc. XIII, e aqui se refere, por óbvio, à Inglaterra) ao método tópico-argumentativo de descoberta da verdade provável, enquanto a tradição romano-germânica, aos poucos,

²⁰¹ A afirmação do contraditório como elemento fomentador da democracia no direito processual tem sido expressa na melhor doutrina. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 07-20, 1998, p. 18; CABRAL, Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LX, n. 2, p. 449-463, Aprile-Giugno, 2005.

²⁰² MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 17.

começava a sofrer os influxos de uma cientifização da verdade, da busca de uma verdade real, em todos os campos, inclusive no Direito.²⁰³

Na obra de Giuliani, “O Conceito de Prova: Contribuição à Lógica Jurídica”, em que o tema aqui versado é tratado em profundidade e com ampla pesquisa às fontes históricas, os modelos probatórios são divididos em modelo clássico e modelo moderno. Em verdade, desde o início, Giuliani deixa claro que sua pesquisa diz respeito à lógica jurídica aplicada ao Direito e é entendida como **pesquisa da metodologia de raciocínio do jurista** ou “*logica della giurisprudenza*”, afastando a idéia de discussão sobre a lógica das proposições normativas e inserindo sua pesquisa no **movimento de revalorização da tópica**.²⁰⁴

Não se pode inocentemente imaginar que existe um modelo probatório puro nos atuais ordenamentos jurídicos nacionais.²⁰⁵ Os arquétipos, elaborados por Giuliani, são apenas cientificamente voltados à compreensão das estruturas dos sistemas internos, evidenciando a ideologia do processo e das decisões em cada tradição particular, as suas inadequações e incongruências. Ao final do capítulo far-se-á a proposição da convivência de ambos, em certa medida, desde que privilegiado o raciocínio tópico e a metódica da racionalidade prática procedimental (teoria do discurso prático do caso especial). Exsurgem, nessa paragem, as primeiras conclusões sobre o “estilo” do direito processual brasileiro e sua notável abertura constitucional.

Com o texto que segue no presente capítulo pretende-se apresentar, portanto, o tema sob a ótica do raciocínio judicial que leva à decisão, melhor dizendo, da influência que a

²⁰³ GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**. Milano: Giuffrè, 1971, *passim*, principalmente p. 186 e p. 189.

²⁰⁴ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. X/XI, da Introdução.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n. 2, p. 421-448, aprile/jugno, 1990, p. 448.

opção por um ou outro modelo lógico (argumentação ou demonstração) pode causar nas seguintes questões fundamentais (para o processo civil, em geral, e para o tema da prova, em particular): que verdade se pode obter do processo? E qual o controle que se pode ter sobre a decisão e os argumentos utilizados para alcançá-la no campo probatório? O questionamento tem como pano de fundo a falibilidade humana, a vontade de perfeição e a aporia fundamental do Direito, que é a Justiça (entendida aqui como pretensão de correção), orientando, esta última, toda a discussão jurídica.

Esses questionamentos são pertinentes, haja vista que no Direito da tradição romano-germânica a lei representa a segurança contra o arbítrio. Portanto, a segurança jurídica (certeza) estaria na legislação por todos conhecida e aplicável a todas as situações da vida. Não outro era o ideal do Código de Napoleão, que no auge do racionalismo pregava: o juiz é a boca da lei.²⁰⁶

Nesse quadro as questões de fato surgem apenas como premissas menores de um raciocínio lógico jurídico em que o Direito (ciência pura, sic.) resolve *a priori* a controvérsia dada. Isto porque o mundo dos fatos é o mundo do ser e desinteressa ao saber jurídico, não influenciando na decisão a não ser como dado objetivo.²⁰⁷

Para alcançar o correto desenvolvimento do tema, de forma a deixar evidenciado o arco temporal em que se insere a problemática da verdade no processo e sua influência nos modelos probatórios, dividiu-se o texto em dois momentos. No primeiro, serão demonstradas, de forma breve e sintética, **as diversidades históricas que produziram a atual situação**

²⁰⁶Cf. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, p. 96.

²⁰⁷ Sobre o tema, verificar a excelente tese de Knijnik e os estudos de CASTANHEIRA NEVES. Cf. KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 269; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1º. p. 483-530.

teórica do processo. No segundo, os modelos probatórios propriamente ditos e suas particularidades.

Assim, no item processo e conformação histórica ficará evidenciado o momento da passagem do *judicium* ao *processus*, suas implicações no problema da verdade judicial e as conseqüências da geometrização do processo moderno, que começa a dar francos sinais de cansaço, prevendo-se uma revolução paradigmática.²⁰⁸

Já quanto aos modelos probatórios, buscar-se-á demonstrar sua conformação atual em linhas gerais, indicando o que seria particular a ambos (modelo clássico e modelo moderno) e efetuando uma crítica desta disposição. Uma crítica que propõe uma leitura contemporânea da função probatória, com base nas premissas assentadas no primeiro tópico, e uma nova racionalidade para o Direito: a racionalidade prática procedimental. É essa a racionalidade que se entende mais adequada ao atual estágio do direito constitucional brasileiro, atuando em conjunto com o modelo deliberativo-procedimental de democracia de Habermas, para a institucionalização de práticas democráticas.²⁰⁹

Refere-se, portanto, a **racionalidade prática procedimental** em oposição à **racionalidade prática substancial** ou material e a **racionalidade teórica**. Como explicitou

²⁰⁸ Assim: “consideramos **revoluções científicas** aqueles episódios de **desenvolvimento não-cumulativo**, nos quais um **paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior**”, cf. KHUN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 125. Este conceito se opõe ao de ciência normal: “neste ensaio, **‘ciência normal’ significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas**. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica proporcionando os fundamentos para sua prática posterior. Embora raramente na sua forma original, hoje em dia essas realizações são relatadas pelos manuais científicos elementares e avançados. Tais livros expõem o corpo da teoria aceita, ilustram muitas (ou todas) as suas aplicações com observações e experiências exemplares”, Id., p. 29.

²⁰⁹ O tema será retomado no terceiro capítulo, esse discurso de Habermans se coloca como **síntese e superação do confronto entre os discursos liberal e comunitário do direito**, deixando de simplificar a “**tensão entre soberania popular e direitos humanos**” para propor sua **solução pelo modelo deliberativo-procedimental de democracia**. Cf. DOBROWOLSKI, Samantha Chantau. **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição**. Tese de Doutorado. UFSC. Florianópolis, 2004. Cf. HABERMANS. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2v.

Castanheira Neves, a racionalidade prática substancial ou material pretende manifestar e é a expressão de um fundamento material, algo pressuposto que dá sentido fundante ou justificante à prática (independentemente da natureza sociológica, antropológica, religiosa, ontológica desse algo). A **racionalidade prática procedimental**, por sua vez, revela outra preocupação. O que legitima as atitudes e decisões racionais nesse modelo é a **observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade da atitude prática racional**. Como resume o autor (simplificando os termos): “No primeiro tipo, o essencial é o conteúdo e secundário modo de obtenção, no segundo tipo o essencial é esse modo e secundário o conteúdo”. Em uma palavra, em uma ótica realça a **“legitimação (validade) pelo fundamento material”**, em outra, a **“legitimação (validade) pelo processo”**.²¹⁰

2.2 PROCESSO E CONFORMAÇÃO HISTÓRICA: SUPERAR O “CIENTIFICISMO” NO RETORNO AO “JUÍZO”

Em artigo derradeiro, com o título “Retornemos ao «juízo»”, **Carnelutti** escreveu: “o processo, em suma, já na sua realidade, e ainda mais na sua representação científica, é um «juízo» desfigurado; precisa que nos ocupemos, mais que nos preocupemos de recompor-lhe a fisionomia”.²¹¹ Nesse texto, **o expoente italiano procura ressaltar a humanidade e falibilidade da ciência «propter scientiam sciendi perdere causas»**. Ciência que, dissecando

²¹⁰CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 43.

²¹¹CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “Giudizio”. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 1949, v. IV, p. 165-174, p.172.

o objeto, perde a noção de sua função e perde-se de sua realidade, fecha-se à *vida* e acarreta a desestima dos práticos.²¹²

O retorno ao juízo que se propõe é na verdade um resgate da complexidade do fenômeno processual, da legitimidade da discussão entre os participantes da decisão para sua formação e racionalidade.²¹³ Processo é cultura, ligado ao exercício do poder e ao estágio de avanço político de uma determinada civilização.²¹⁴ Portanto, a técnica somente serve à ideologia compreendida em seu sentido de valores que informam as leis processuais. Os valores que devem informar atualmente o processo são os dos direitos fundamentais, dos quais ele mesmo serve como exemplo,²¹⁵ ressaltando, ainda, a dignidade da pessoa humana,²¹⁶ garantida frente ao arbítrio do Estado, quando esse atua, sobre o manto protetor do discurso judicial e da perspectiva de processo público, em interesse alheio à prática democrática exigida pelo moderno processo dialético. O processo é público também porque garante o devido processo legal aos cidadãos (interesse público primário) e não só porque atua a “vontade de Estado” por meio de normas cogentes.

Neste contexto busca-se refletir, nos primeiros três tópicos, um movimento de fluxo e contra-fluxo para o resgate do **pensamento judicial na sua complexidade problemática**.²¹⁷

²¹² SANTOS, Boaventura de Souza **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, São Paulo: Cortez 2000. *passim*.

²¹³ Nos países de tradição hispânica e lusa (como o Brasil e demais países da América Latina) esse retorno é muito presente na medida em que não ocorreu uma radical ruptura. Até hoje a lei processual civil espanhola vem chamada “Ley de Enjuiciamiento” confirmando essa resistência da tradição aos influxos modernos do iluminismo racionalista (codificação napoleônica). CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Cuestiones de terminología procesal**. México: UNAM, 1972. p. 137-144. No direito português alguns autores já defendem que as reformas processuais recentes resultam em um retorno ao juízo. Cf. ALVES, José Duarte. O direito processual civil português. In: PICARDI; SASSANI; TREGGIARE. (a cura di). **Diritto e processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani**. Perugia: Edizione Scientifiche Italiani, 2001. p. 511-556. (esp. p. 535).

²¹⁴ Remete-se à excelente síntese dessa questão nas primeiras linhas de “A Garantia do Contraditório”. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 07-20, p. 7.

²¹⁵ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, *passim*.

²¹⁶ Cf. SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, *passim*.

²¹⁷ Sobre a necessidade de resgatarmos a complexidade do direito Cf. OST; HOECKE. Legal doctrine in crisis: towards a European legal science. **Legal Studies**. v. 18, p. 197-215, (HeinOnline – 18 Legal Stud. 197 (1998)).

2.2.1 Do *Ordo Judicarius* ao *Processus*: História e Pré-história do Direito Processual Civil como Ciência

A história do processo moderno (a partir do séc. XIX), pós-consolidação da apropriação estatal do processo pelo príncipe (Estado),²¹⁸ resume-se no confronto e nas relações entre romanismo e germanismo, como já ficou assentado em célebre preleção de Chiovenda.²¹⁹ Trata-se de famosa palestra proferida por Chiovenda, em 5 de dezembro de 1901, junto à Universidade de Parma. O texto complexo e profundo demonstra as influências recíprocas entre o processo romano, o processo germânico e o processo canônico, indicando suas diversas contraposições, superposições e contradições. Esta característica imbricação é de imprescindível relevo, visto que teve adoção por institutos, ora na Itália, ora na Alemanha, durante o período do Direito Comum. O processo romano não manteve sua estrutura original e com os elementos germânicos (voltados para a pacificação social) e canônicos (racionalização e autoridade) somados acabou influenciando posteriormente na formação do processo francês de Luis XIV (*Code Luis*), que por sua vez determinou as bases para as codificações européias (principalmente a alemã). Vale ressaltar, frisa-se, **a questão da recepção do direito romano está presente na diversidade de fontes e na denúncia de meio-entendidos com relação ao processo romano recepcionado na Idade Média.** Outro detalhe importante é a indicação de uma forte origem romana para todo o processo civil.

²¹⁸ Cf. HOBBSBAWM, **A era das revoluções**, mapa 09.

²¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: **Saggi di diritto processuale Civile (1900-1930)**. Roma: Foro Italiano, 1930.

Anterior àquele momento é a passagem do *iudicium* ao *processus*: o primeiro extra-estatal,²²⁰ precedente ao domínio do príncipe; o segundo, estatal e publicista. Conforme Búlgaro (*De Iudiciis*), a noção e conceito de processo (*iudicium*) era: “*iuditium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio cognoscentis*”.²²¹ Ou seja, os sujeitos do processo judicial, que praticam atos no processo, são, em um “esquema subjetivo mínimo” de processo:²²² **autor-proponente, réu-oponente e juiz, entre ambos, conhecendo da argumentação jurídica.**

O termo *processus* só passa a ser utilizado a partir do séc. XIII, pelos canonistas, e vai refletir na estrutura do juízo apenas mais adiante, a partir dos sécs. XVII e XVIII, com a sua adoção principalmente pelos processualistas alemães (porque até então a utilização era apenas pragmática, como gíria forense, não adotada nem mesmo pela doutrina italiana, que era dominante naquele cenário europeu). Concomitante a esta adoção ocorre **a passagem da pré-história da ciência processual à sua história**, visto que o Direito Processual passa gradualmente a ser estudado como disciplina autônoma.²²³

Vale ressaltar: “**a passagem do *iudicium* ao *processus* não se resolve somente em um problema terminológico.** Trata-se muito mais de uma janela [olho mágico] através da qual é possível ver [antever] uma mutação radical no modo mesmo de conceber o fenômeno

²²⁰ Sobre a publicização da justiça no primeiro momento do antigo regime (apesar de extra-estatal) e sua particularização (formação e fragmentariedade do direito comum) nos momentos seguintes cf. HESPANHA, **Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução**, p. 381-468.

²²¹ PICARDI. Diritto moderno. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, s/d, p. 101/118, especialmente p. 102, XXXVI.

²²² Expressão de DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 215.

²²³ PICARDI, **Diritto moderno**, p. 104/105. Desta época as célebres polêmicas de Windsheid e Müther (1856) e a obra de Bülow (1868 – BÜLOW, Oskar. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964), que individualizou a relação jurídica processual.

processual”. **Uma mutação lógica: da lógica do provável, argumentativa e dialética, passa-se à lógica do “real”, demonstrativa e apodítica.**²²⁴

Esta contraposição e cambiamento de ótica podem ser percebidos no confronto entre dois autores da época. O italiano Sigismondo Scaccia e o alemão Giovanni Althusio (este último conhecido como fundador do jusnaturalismo moderno). Scaccia, ligado à concepção lógica do *iudicium*; Althusio, ao *processus*.²²⁵

Althusio, na sua obra jurídica mais importante, a *Dicaeologica*, **desclassifica o *iudicium* de centro da temática processual para um dos momentos do *processus*, uma de suas repartições internas**, como consequência: “com a emergência da noção de *processus*, o *iudicium* perde o seu caráter prioritário, enquanto se percebe que este termina por representar somente um setor da experiência processual”.²²⁶

Scaccia, por sua vez, pretende um retorno a Aristóteles, o que, na voz de Picardi, pode ser reconduzido como o **raciocínio dialético em contraposição ao raciocínio apodítico:**

“como é sabido, Aristóteles distingue a «apodítica», ou ciência demonstrativa e verdadeira, da «dialética», ou argumentação discursiva e provável. Nos *secundi analitici* ele se põe o problema do silogismo «apodítico» ou científico, isto é do silogismo que, não somente coliga corretamente as premissas com a conclusão, mas que **parta também de premissas verdadeiras para chegar a conclusões verdadeiras**. O critério é constituído da **verdade objetiva**, as conclusões que vem daí decorrentes não são somente lógicas, mas também verdadeiras e, portanto, este é o único silogismo que tem valor do ponto de vista da ciência. Nos *topici* **Aristóteles estuda, ao contrário, os silogismos «dialéticos», isto é aqueles**

²²⁴ Assim “na base da diversa imposição seguida por Scaccia e por Althusio, é possível antever dois diversos tipos de lógica, dois diversos instrumentos do fenômeno processual”, PICARDI, *Diritto moderno*, p. 107.

²²⁵ Esta contraposição pode ser efetuada também entre Cícero e Descartes como fez Viehweg com base nos estudos de Vico na obra *De Nostri Temporis Studiorum Ratione*, dividindo entre dois métodos científicos, o antigo, qualificado como retórico (tópico) e o novo, qualificado como crítico, cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964 (reimpressão 1986), p. 31. Cf. CICERO, Marco Tulio, *M. Tulli Ciceronis Topica* (106-43 a.C.). Trad. Maria Laetitia; Riccio Coletti. Chieti: Vecchio Faggio, 1994.

²²⁶ PICARDI, *Diritto moderno*, p. 108.

procedimentos lógicos que têm como ponto de partida, opiniões, e opiniões como ponto de chegada. A dialética é essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão; a verdade que se consegue alcançar é somente *uma verdade ‘provável’* (que portanto pode ser verdadeira ou falsa). O **critério fundamental** é constituído, pois, de **opinião e de consenso**". (PICARDI).²²⁷

A questão restou polêmica porque para Scaccia o direito não poderia ser considerado ciência: citando o autor medieval, «*iurisprudencia non est scientia*», porque «*scientia non est eorum quae permanentia non sunt*». Assim, “estamos no âmbito das coisas que mudam; ao *iudicium* não se pode aplicar o silogismo científico, a lógica do verdadeiro-falso; o raciocínio *more iuridico* aparece, por eleição, lógica do ‘provável’”.²²⁸

Justamente por esta razão, dentro desta visão procedimental probabilística, pode-se afirmar que a principal preocupação do processualista medieval (jurista prático, que atuava no foro) era com o direito probatório e seu procedimento, “considerado como procedimento de pesquisa em termos negativos”.²²⁹ A lógica de Scaccia é na verdade **uma lógica que, ao negar o caráter científico ao processo, procura dar elementos para, dentro de uma visão problemática do Direito, solucionar casos concretos por meio de raciocínios baseados no «sensus communis», mediante silogismos dialéticos nos quais usa do precedente como «exemplum», e dos argumentos «a simili» e o «a contrario» ou ainda «a maiore ad minus», ou seja, em geral, dos procedimentos argumentativos próprios da tradição tópica.** Este tipo de procedimento probatório ainda pode ser encontrado nos sistemas da *common law* atuais, nas chamadas *exclusionary rules* ou *rules of exclusion*.²³⁰

²²⁷ PICARDI, Id.,Ibid., p. 107.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ PICARDI, *Diritto moderno*, p. 108. “Em definitivo, pode-se dizer que, nas obras como a em exame, é colocado um modo de pensar problemático e esse se resolve em verdadeiras e próprias metodologias dirigidas a evidenciar as várias formas de raciocínios incorretos (paralogismos)” (Id., p. 111). Picardi chama atenção para que outras obras, da mesma época, não conseguem alcançar esta dimensão, limitando a recolher material de forma desorganizada e muitas vezes contraditória. Ibid.

²³⁰ GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, p. 189.

A esta preocupação somava-se o estudo da patologia da argumentação para descobrir o erro e o abuso, com atribuição de grande valor à experiência jurídica, lugar próprio da tópica. O problema, que ao final causou a ruína desse método, revelava-se na corrupção e formalização da tópica com **o uso da retórica como simples ornamento**, que impregnou o *judicium*.²³¹

Nessas circunstâncias, **a superação da lógica do provável pela lógica jurídica demonstrativa do séc. XVI** e o fortalecimento do *processus* corresponderam à **tentativa de transportar para o Direito o raciocínio apodítico**. Neste particular, **exerceu forte papel a razão de Estado, consubstanciada no ato despótico da apropriação do Direito pelo monarca**.²³²

Essa ruptura com um modelo extra-estatal e mais universalista de aplicação do Direito fica bem demonstrada em certa passagem de Anzilotti:

“No final do século XIX e princípios do século XX, na Alemanha, França, Itália e outras nações da Europa, **os fundamentos filosóficos e metodológicos do direito internacional mudam radicalmente**. Da **concepção universalista**, herdada do direito comum (*jus comune*) e posta vigorosamente no auge pela idéia ‘savignyana’ da ‘Comunidade Internacional’, se passa a uma **concepção na qual predomina rigidamente a idéia da soberania nacional**, e até a de soberania estatal. O princípio fundamental passa a ser a completa, plena, separação recíproca dos ordenamentos soberanos”.²³³

A esse posicionamento Cappelletti aponta as razões de Estado da nova processualística italiana nascente da época, que aos poucos evanesce o dogma da separação entre jurisdição e império, consubstanciada no brocardo: *jurisdictio in sola notione consistit* (a jurisdição só no

²³¹ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. 189; WARAT. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 86/87.

²³²Cf. GIULIANI, Alessandro. L'ordo judiciarius medioevale. **Revista di Diritto Processuale**, ano XLIII, n. 3, p. 598-613, aprile/jugno, 1988, p. 613.

²³³ ANZILOTTI *apud* CAPPELLETTI. **Las sentencias y normas extranjeras en el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1968. p. 18.

conhecimento consiste – lema do direito comum). O antigo ideal do direito erudito, que era o fundamento para justificar a *extraterritorialidade* da jurisdição, ligado ao pressuposto de que o raciocínio lógico (desvelar o direito) seria comum aos gentios e aos cidadãos, abria espaço para a razão de Estado (preponderância do ordenamento interno), daí a natural tendência para fechar a universalização do direito. Tudo vinha substituído pela regra de que toda a soberania é por essência indivisível.

Repisa-se a advertência histórica de que isto ocorreu “na época, precisamente, da consolidação (desgraçadamente presságio já de um posterior exacerbamento) dos ideais de unidade e soberania nacional”.²³⁴ Para Picardi: “nesse quadro maturou um evento traumático na história do direito processual continental: a apropriação, pelo príncipe, do *ordo iudiciarius*”. Como foi afirmado anteriormente, **até a Idade Moderna o processo tinha um certo senso extra-estatatal, nem mesmo o Papa podia modificá-lo. Existia a observação obrigatória da prática, do costume, *stilum*, no julgar, o que implicava uma colaboração da praxe com a doutrina (bartolismo e *common law*).**²³⁵ Aqui, neste tempo histórico, o soberano toma para si o monopólio da legislação em matéria processual. Dessa época são o Código Saxônio e a *Ordonance Civile* Francesa de 1667, chamada de *Code Louis*. Picardi salienta, ainda, a importância da *Justizreform* prussiana e do *Prozzes-Ordnung* de 1781.²³⁶

Daí porque Althusio expressou muito bem “a gênese da idéia moderna de processo”. Aplicou as teses fundamentais de *Pierre de La Ramée* como princípios lógicos diretivos da sua obra jurídica estruturando um rígido esquema formal de corte matemático. **Naquela época os lógicos vinham subdivididos em aristotélicos ou ramistas.** Para *La Ramée* a

²³⁴ CAPPELLETTI, *Las sentencias y normas extranjerias en el proceso civil*, p. 21-22.

²³⁵ Cf. GIULIANI. *L'ordo iudiciarius medioevale*, p. 613. Também no mesmo sentido: cf. HESPANHA, **Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução**, p. 381-468.

²³⁶ PICARDI, *Diritto moderno*, p. 604.

Matemática constituía o protótipo para todas as formas de conhecimento, servindo como único valor indicativo válido da atividade cognoscitiva.²³⁷ Assim, “o método consistia na **disposição da matéria segundo uma ordem rigorosa de forma a realizar a passagem gradual dos princípios gerais e universais para aqueles particulares**”.²³⁸ Método dedutivo. Althusio racionalizou o processo, utilizando esse modelo geométrico, dividindo o seu «*dicaeocrítica*» (crítica da justiça) em elementos (*partito in membra*) e subdividindo-os em espécies (*divisio in species*). Dois *membra*: *personae* e *questio*. *Personae*: *index* e litigantes. *Questio*: *l’actio* e *l’exceptio*, *ordo et forma quaestionis tractandae*. Trouxe, pela **primeira vez tecnicamente**, a expressão ***processus***.

Sinteticamente, o pensamento da época pode ser resumido pela: rejeição da **silogística clássica** (aristotélica – silogismo dialético) que parecia de agora em diante um jogo de vazios verbalismos; difusão da lógica metodológica cartesiana; e imposição dos temas e das características que serão típicos da moderna lógica formal.

Como consequência, a lógica ramista não podia deixar de repercutir no estudo do direito e, em particular, do processo, justamente pela sua validade “científica”.²³⁹

²³⁷Também conhecido por *Petrus Ramus*, este lógico e latinista, inventor das letras “u” e “j” para o latim moderno, escreveu um opúsculo denominado “tudo que Aristóteles escreveu era falseado”, em que afastava a validade do raciocínio retórico para a ciência. A importância da lógica ramista pode ser aferida no seguinte texto: “Não obstante o caráter escolástico do ensino de filosofia sob o *Ratio Studiorum* [método jesuíta], em sua subordinação à teologia, convém ressaltar que o aristotelismo defendido no Colégio das Artes, desde a sua fundação, não é o mesmo aristotelismo escolástico combatido por humanistas como Pierre de la Ramée (Petrus Ramus). Tendo como referência histórica o exacerbado antiaristotelismo deste filósofo francês, cuja dissertação de mestrado subordinou-se ao título *Quaecumque ab Aristotele dicta essent, commentitia esse* (1536), [tudo que Aristóteles disse é falseado, e não, falso como comumente vem traduzido] e cujo magistério na Universidade de Paris envolveu famigerada controvérsia com seu colega português Antônio de Gouveia, o aristotelismo conimbricense foi, acima de tudo, uma reivindicação de *validade objetiva* no ensino de filosofia”, cf. CERQUEIRA, Luiz Alberto. A filosofia brasileira como superação do aristotelismo português. www.ifcs.ufrj.br/~cerqueira/superacao.doc, acesso em 23 de março de 2003, cf. CERQUEIRA. (org.). **Aristotelismo e antiaristotelismo no ensino de filosofia**. Rio de Janeiro: Ágora, 2000.

²³⁸ PICARDI, **Diritto moderno**, p. 108.

²³⁹ PICARDI, **Diritto moderno**, p. 109. Lembre-se, como ficou dito acima, que **a jurisprudência não era considerada uma ciência, porém é evidente que no iluminismo esta aspirava alçar espaço entre as ciências**.

As idéias de La Ramée foram fortalecidas pelo aparecimento de dois outros lógicos importantes: Port-Royal e Leibniz. Para **Leibniz**, “*«toute la forme de procédures en justice n’est autre chose en effet qu’une espèce de logique, appliquée aux questions de droit»*”.²⁴⁰

Não por outro motivo que foi dito:

“a aplicação da lógica ramística ao estudo do processo representa, ao contrário [do raciocínio tópico], o momento de transação de um modo de pensar orientado sobre o problema para um modo de pensar sistemático, modelado sobre um saber científico; e o direito processual [la procedura], de uma disciplina que estuda verdades ‘prováveis’ se torna, ao menos tendencialmente, uma ciência das verdades ‘absolutas’. (PICARDI)²⁴¹

Dessarte incrusta-se o raciocínio lógico formal: rigoroso e dedutivo, que, após estipular princípios gerais, deles subtrai uma série de conseqüências irrefutáveis em cadeia rígida de deduções.

Desta noção surge a idéia de **sistema processual fechado**: dali em diante os juristas trabalhariam para criação do sistema, considerando e procurando *postulados ordinatórios* aos quais reconhecer o valor de *princípios* e dos quais retirar a validade «*per legitimam consequentiam*», por meio de um ininterrupto fio de raciocínios, das preposições restantes.²⁴²

Para a **ciência processual nascente na Alemanha, *Prozessrechtswissenschaft*, a sistematização era o sinônimo de cientificidade (Pandectistas).**²⁴³

²⁴⁰ Leibniz, *Nouveaux Essais*, IV, n. 16, § 9, In: *Die Philosophischen Schriften*, cit, VII, 1962, p. 465, *apud* PICARDI, **Diritto moderno**, p. 110, nota 69 .

²⁴¹ Id., *Ibid.*, p. 111.

²⁴² Esta idéia modernamente é refutada por muitos autores, em particular Robert Alexy que atribui a estes princípios caráter *prima facie*: assim as normas jurídicas estariam divididas em normas regras e normas princípios, estas últimas seriam “mandados de otimização”, aplicáveis sempre mediante ponderação. Desta forma Alexy refuta a aplicação axiomática dos princípios como máximas de onde se poderiam deduzir, em cadeia, as respostas para as questões inferiores, cf. ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 83 e ss..

²⁴³ PICARDI, **Diritto moderno**, p. 111 .

Este raciocínio tomou fôlego justamente em razão do fenômeno das *lites immortales*, conhecida expressão com que se designava a duração excessiva dos processos no modelo do processo comum:

“entre as múltiplas e complexas **causas da crise da justiça** estavam indubitavelmente também **o abuso da tradição dialética**. Pense-se na **lógica da relevância que, por meio do mecanismo das questões incidentais, comportava a ramificação do processo**. Junte-se **o abuso da argumentação** que terminava muitas vezes em transformar a dialética em **estéreis jogos de palavra** e, portanto, em «erística». Se recorde o problema da falsa testemunha, o *mendacium*, e dos seus remédios” (PICARDI) ²⁴⁴.

Por isto ficava prejudicado o trabalho da **retórica, reconduzida à teoria da palavra ornada, ou da sofística, embebida na idéia do falso silogismo**, resultando uma prevalência e simpatia dos juristas pelo “raciocínio do tipo matemático que aparecia particularmente adaptado para resolver os problemas em chave eficientística e trazer uma solução para o problema de fundo: **de processibus abbreviandis**”.²⁴⁵

2.2.2 Verdade Provável: a Superação da Dicotomia Verdade Material e Verdade Formal

Viu-se, até aqui, a evolução do direito processual e sua passagem para o direito “processual moderno”. Precisa-se esclarecer, agora, o ponto referente às **concepções de “verdade”** adotadas por cada corrente.

²⁴⁴ Id., Ibid., p. 113

²⁴⁵ Id., Ibid., p. 113 .

O problema dos modelos da prova liga-se fundamentalmente com esta questão.²⁴⁶ Isto porque o modelo adotado corresponde, em maior ou menor grau, à preocupação com a certeza, se absoluta ou provável, que o processo espera obter, ao final, com a decisão judicial.

A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida.²⁴⁷ O que se obtém é, no máximo, **um juízo de probabilidade, uma verdade provável**. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é **alçado à “certeza” (sic.) com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de “certeza jurídica”²⁴⁸ (rectius: estabilidade e previsibilidade)**. Com efeito, a doutrina é uníssona ao apontar que “...como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa *avaliação da probabilidade suficiente*”.²⁴⁹

Os operadores do direito usam indistintamente as expressões verdade possível, verossimilhança e probabilidade. Estas estão entre si em relação crescente de “certeza” (sic.)

²⁴⁶ Taruffo, imaginando a questão de outro modo, em uma perspectiva diversa da aqui analisada, identifica como possível elemento de convergência entre os modelos a concepção de «verdade judicial» por estes adotada, fala de **três posições**, duas extremas e contrapostas e uma terceira «intermédia» onde estaria a convergência, cf. TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 442/443. Assim, nas correntes observadas por Taruffo teríamos: primeiro a corrente que entende 1) **não existir razão para se falar em declaração da verdade dos fatos**, porque se trata unicamente de uma **atividade subjetiva e tendencialmente irracional** (nesta estariam incluídos os “**racionalistas desiludidos**”, desiludidos com a inexistência de uma verdade absoluta); 2) no outro extremo estariam os que admitem **qualquer forma de verdade absoluta** e acreditam possível a verdade absoluta no processo; 3) no meio estaria a corrente, hoje dominante, que utilizaria para a prova e para o **juízo de fato dos modelos racionais do conhecimento prático**. Para esta última indica aceitação tanto na *civil law* como na *common law* (ibid.). Conferir, ainda, KNIJNIK, **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle**, *passim*.

²⁴⁷ Taruffo afirma: “a «verdade dos fatos» não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme” (TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 444). Outros autores também apontam para impossibilidade de obter-se a verdade absoluta no processo: Calamandrei, para quem, “a valoração, mesmo que livre, leva a cada caso um juízo de probabilidade ou de verossimilhança, não de verdade absoluta”, cf. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. **Rivista di diritto processuale**, v. X, p. 164/192, 1955. p. 165; Dinamarco: “O risco de errar é inerente a qualquer processo e a *obsessão pela verdade é utópica*. Ainda quando se prescindisse por completo do valor celeridade e se exacerbassem as salvaguardas para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta”, DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. I, p. 142 (grifo nosso).

²⁴⁸ O trânsito em julgado da sentença acarreta a certeza jurídica (ficta ou convencional). Assim, “no momento no qual a sentença passa em julgado, as crises de consciência do juiz perdem qualquer significado: a incerteza psicológica do julgador não deixa traços no julgado, o qual cria em todos os casos a certeza jurídica”, cf. CALAMANDREI, **Verità e verossimiglianza nel processo civile**, p. 167. Essa certeza equivale a uma probabilidade e assim a uma estabilidade que poderá, eventualmente e com um alto ônus argumentativo, ser rompida.

²⁴⁹ DINAMARCO, **Instituições de direito processual civil**, v. I, p. 143.

para o processo: **provável** é mais do que **verossímil** e verossímil mais do que **verdade possível**.²⁵⁰

Apesar de admitirem a **impossibilidade da certeza absoluta**, os cultores da função demonstrativa da prova acreditam que os fatos são completamente cindidos do direito.²⁵¹ Este entendimento leva à conclusão de que, **demonstrada a existência do fato, a consequência jurídica é automática**. Para estes a verdade obtida no processo é **uma verdade formal**, uma verdade o **mais próxima possível da verdade real ou material dentro dos limites que a legislação e as características do procedimento processual institucionalizado permitem alcançar (sic)**.²⁵²

Aí a **verdade factual funciona como premissa menor do silogismo sentencial (sic)**, de onde são extraídas as consequências jurídicas dos fatos demonstrados.²⁵³

Essa técnica de raciocínio impede a valoração dos fatos em contraditório, impedindo, igualmente, a sua utilização como argumentos para a solução das questões postas em causa, **prendendo o raciocínio judicial em uma estrita cadeia de silogismos que, não conectados com o problema**, apenas seguem até a decisão final, cegos ao distanciamento que

²⁵⁰ CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 170/171; cf, ainda, Dinamarco, “probabilidade é mais do que mera credibilidade ou mesmo que verossimilhança, mas é necessariamente menos do que certeza. Não passa da *preponderância dos elementos convergentes à aceitação de uma proposição*, sobre os elementos divergentes”. O grau de razão (fundamentos) da afirmação dirá se provável ou improvável (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 143, grifo nosso).

²⁵¹ CARRATTA. *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, p. 73/103, gennaio/marzo, 2001, p. 76.

²⁵² CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, p. 77. Sobre esta posição, que Taruffo denomina “debole”, ainda restaria a visão “forte” que diz com a ideologia do processo civil dirigido a resolver controvérsias entre privados, portanto sem necessidade de estabelecer certezas «científicas» sobre os fatos (TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, p. 440). Ressalta-se, novamente, que o processo civil brasileiro é mais amplo que o italiano e inclui o chamado pleito civil *lato sensu*, além de uma visão publicística voltada para a satisfação dos anseios sociais na resolução das controvérsias. Sobre o tema: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Jurisdição e administração*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 119, p. 217-232, julho/setembro, 1993.

²⁵³ Carratta traduz, em breves linhas, o silogismo probatório dedutivo que está na matriz da lógica demonstrativa dedutiva: “a convicção da base teórica sobre a função demonstrativa da prova judiciária contradiz inexoravelmente a idéia - geralmente acolhida no passado - que na reconstrução dos fatos o juiz possa seguir *mecanismos do tipo dedutivo*, dentro dos quais a premissa maior seria constituída de uma máxima ou regra da experiência, a premissa menor do fato percebido ou do fato conhecido e a conclusão de uma ilação a cerca da existência ou inexistência do fato a ser provado, conclusão que, por sua vez, terminaria por ser a premissa menor do verdadeiro e próprio silogismo judicial”, CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, p. 83. O autor adere a uma função demonstrativa indutiva da prova.

isto pode implicar e ao **conseqüente abandono do *thema probandum***. Os fatos falam por si e ditam as conseqüências jurídicas, donde o juiz desconsiderar o discutido pelas partes, cingindo-se a prolatar a sentença de acordo com os fatos dos autos (*iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*).

Em outra perspectiva, **admitindo-se a prova como argumento de discussão, as novidades na valoração dos fatos, pelo juiz, devem ser obrigatoriamente debatidas com as partes**. Resgata-se a humanidade no debate judicial. A “verdade” abandona a perspectiva matemática para ser mais acessível e contingente, adequada à sociedade e ao tema discutido. Por esta razão a melhor doutrina aborda o tema da relativização dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* para a admissão do **contraditório preventivo**,²⁵⁴ assim entendido, como: **princípio geral que obriga o juiz à preventiva discussão com as partes no exercício dos seus poderes de ofício toda vez que uma determinada decisão sua interfira no processo inovando questão de direito ou de fato que venha a implicar conseqüências na decisão final**. Esse comando é válido também em sede de máximas da experiência a serem utilizadas no âmbito da valoração das provas.²⁵⁵ Trata-se de um corolário da regra do “módulo processual” que obriga a instância decisora a enfraquecer a sua posição de poder no âmbito da discussão (no curso do *iter* que leva ao ato final).

Este momento compele ao regresso ao passado, ao conceito de probabilidade tópico, em que “**provável**” era a **verdade obtida com alto grau de questionamento, esgotadas as possibilidades de outra solução racional ao problema**. Na origem grega a questão estava calcada na metodologia da hipótese. Esclarecendo: o «fato» não pode ser conhecido na sua

²⁵⁴Na doutrina brasileira ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, n. 71, p. 31-38, 1993, esp. p. 34/35; ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 145/155; ALVARO DE OLIVEIRA, **A garantia do contraditório**, esp. p. 234/238; ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, *passim*.

²⁵⁵CARRATTA, **Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio**, p. 100/101.

totalidade como qualquer coisa de externa ao trabalho de reconstrução; o conhecimento dos fatos é adquirido por meio do juízo de probabilidade, e é relativo. Logo, **não existe o fato como uma verdade única porque são muitas as afirmações e conseqüências que podem ser extraídas dos fatos e porque eles mesmo se mostram como argumentos.**²⁵⁶ Para os gregos, o juízo não se baseava sobre o “verdadeiro”, mas sobre a reconstrução mental, imaginativa dos fatos, por isto “provável”, não absoluta.²⁵⁷ **Evita-se, destarte, a distinção falaciosa entre verdade processual (formal) e verdade real.**²⁵⁸

Nesse particular mostrava-se e operava grande valor a lógica da relevância voltada para a «**prudente apreciação**» das partes (e agora, por que não, do juiz) **da prova proposta**, indicando sua **ligação com o problema entendido como *thema probandum*** (*status, issue*, questão controversa). **O *status*** (apontado pela **tópica-ermagórea**) representou um momento especial na lógica tópica, quando permitiu uma evolução pela **imposição de limites na discussão**: “Uma controvérsia dá lugar a um *status* somente quando existe a possibilidade de **estabelecer um contraditório entre duas afirmações opostas e válidas** (fez: não fez)”.²⁵⁹

A idéia de separação entre retórica e lógica é uma idéia moderna. Remontando ao período clássico, a partir de Aristóteles, a retórica vem considerada como parte da dialética, portanto, da própria lógica.²⁶⁰ Nesta vertente, a idéia grega de verdade tinha por base a metodologia da hipótese: o «fato» não podia ser conhecido na sua totalidade como qualquer coisa de externa ao trabalho de reconstrução, sendo o conhecimento dos fatos adquirido por

²⁵⁶ Cf. GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. XI). Assim, o conceito de probabilidade clássico não guarda nenhuma relação com o conceito moderno. “Para a retórica se tratava de analisar a relação entre uma determinada hipótese e as provas que deviam convalidá-la: e, portanto, o conceito de probabilidade vinha analisado em relação a um evento único, não a uma série de eventos” (Id., p. 14). Hoje o conceito de probabilidade vem adotado em termos objetivos, estatísticos, de freqüência.

²⁵⁷ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. 15.

²⁵⁸ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. **Revista Forense**, 2001, v. 353, p. 15/51, p. 18, nota 10.

²⁵⁹ Cf., GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. 59.

²⁶⁰ Id., *Ibid.*, p. X.

meio de probabilidade, ou seja, relativamente considerado. Não existia o fato considerado como “verdade” (no sentido de certeza).²⁶¹

Como conseqüência, **“o «fato» não aparecia como um dado externo.** Esse detalhe é o mais relevante, **nessa concepção não existe dissídio entre questão jurídica e questão fática, logo não existe dissídio entre verdade formal e verdade material”.**²⁶²

O conceito de probabilidade grego/retórico não guarda nenhuma relação com o conceito moderno. Era considerada **provável a afirmação efetuada pela parte dentro de uma determinada hipótese que tivesse congruência com as provas dos autos, ou seja, relacionadas a um evento único.**²⁶³ Hoje, ao contrário, **a probabilidade vem analisada em termos objetivos, estatísticos e de freqüência, fundada na lógica extraída de uma série de eventos.**

Como foi dito, os gregos perceberam que **o juízo (decisão) não se baseava no verdadeiro, mas na reconstrução mental, imaginativa dos fatos.**²⁶⁴

A idéia de acontecimento normal, daquilo que aconteceu, dentro desta ótica, implica:
a) **um critério orientativo na busca;** b) **uma teoria dos erros para evitar os caminhos equivocados na via argumentativa.**

Os críticos da retórica faziam sua identificação simples com a erística.²⁶⁵ Esqueceram-se de considerar, entretantes, a atenção aos **“valores da experiência humana”** e aos **“limites**

²⁶¹ Id.,Ibid., p. XI.

²⁶² Id.,Ibid., p. XV e *passim*.

²⁶³ Vale repisar: “para a retórica se tratava de analisar a relação entre uma determinada hipótese e as provas que deviam convalidá-la: e, portanto, o conceito de probabilidade vinha analisado em relação a um evento único, não a uma série de eventos” (Id.,Ibid., p. 14).

²⁶⁴ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica** p. 15.

da razão” que, quando se aventura no mundo do provável e do verossímil, procuram garantir o princípio do “**não afastar-se do *tema proposto***” (do problema).²⁶⁶

Para obter-se a decisão judicial mais qualificada será preciso uma revolução cultural, ao mesmo tempo abandonando-se a onisciência dos juízes (e do legislador), admitindo-se, no mesmo passo, a insuficiência da norma *a priori* para fornecer a “verdade” e dos fatos isoladamente para levarem à certeza jurídica.

Nessas águas, é de rigor que se discuta direito e fato, buscando-se uma verdade provável, com alto grau de correção, dependente, justamente, do elevado contraditório processual e do comprometimento com a decisão justa e aderente aos problemas discutidos, demonstrando-se a racionalidade desta “certeza” judicial pelo “«racconto»” (narrativa) do procedimento utilizado na sua construção.²⁶⁷

2.2.3 Racionalidade Formal e Razão: “*Nova Methodus*” (Geometrização do Direito) v. Tópica e o Pensamento Problemático Atual

²⁶⁵ Erística vem do grego *eristiké* e significa em Filosofia a arte das discussões sutis, das argumentações sofisticadas. Neste particular vale referir ao dissídio entre Isócrates (defensor da retórica) e Platão. Platão criticava a ausência de método da retórica e sua conseqüente impossibilidade de declarar a verdade de suas proposições. A retórica, que Platão identificava simplesmente com a erística, não atinge um conhecimento causal e portanto não consegue superar o plano das observações empíricas e das conjecturas, tem assim valor menor (sic.) (GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica.**, p. 9-10). No mesmo sentido a crítica Kantiana. Cf. VIEHWEG, **Tópica y Jurisprudencia**, p. 64.

²⁶⁶ Assim, a referência de Giuliani ao processo Grego: “*non allontanarsi, nella discussione, dal tema proposto era vivo in una parte del discorso...in cui l'accusato protestava contra le imputazioni estranee alla causa*” (GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica.** p. 20), como limites do problema.

²⁶⁷ A verdade procedimental, aqui dita “provável”, é assim a única verdade do processo: “Do ponto de vista filosófico, não há como afastar a idéia de *verdade procedimental*, mas não por oposição à assim chamada *verdade material*... aceitando-se a limitação inerente ao conhecimento humano e, muito especialmente, ao conhecimento obtido pelo processo...**essa margem de erro tem de ser sistematizada, regrada e administrada pelo próprio processo, sob pena de restar dissimulada, disfarçada, escamoteada no processo**, gerando indesejável *arbitrariedade*”, KNIJNIK, **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle**, p. 29.

“...é o problema, e não o “sistema” em sentido racional, o que constitui o centro do pensamento jurídico.” (ESSER).²⁶⁸

O Direito é fenômeno cultural e complexo. Abdicar de sua complexidade ou dominá-la em prol da segurança foi a expectativa do Iluminismo e das correntes racionalistas.²⁶⁹ Uma das conseqüências deste método foi, como se viu, a passagem do *ordo judicarius* para o *processus*.

Vico pode ser considerado um dos primeiros autores a denunciar a insuficiência do novo método cartesiano. Afirmava a **necessidade de intercalar o velho método tópico com o novo método sistemático** que surgia, já que este, partindo de um *primum verum*, dependia de que o ponto escolhido fosse efetivamente um *verum*, enquanto que a tópica aristotélica lidaria com a *verossimilia*, tendo como principal **vantagem a análise do problema a partir de ângulos diferentes**.²⁷⁰

²⁶⁸ ESSER, Josef. **Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961. p. 9. Para a lição contextualizada vale conferir: “Así, nuestro juicio sobre los criterios de valor que se siguen de un sistema o del “simple concepto de derecho”, no será tan negativo como el que ele horror a una estéril lógica conceptual hace emitir a una escuela contemporánea, sino que acaso aprendamos a valorar la formación de conceptos y sistemas en su condición de acervo de principios. Em este sentido, “sistematismo” no es una arbitraria construcción geométrica, sino el encuadramiento necesariamente consecuente del individuo em su inmanente vinculación a determinados problemas permanentes de un complejo problemático igualmente determinado y real, como “el negocio jurídico”, “la perturbación del tráfico”, “la protección de la confianza”, “la seguridad del tráfico”, “el riesgo de empresa”, etc. Tal complejo problemático se presenta em forma sorprendentemente afín em todos los sistemas jurídicos de una misma cultura, y es enfocado y resuelto com medios sorprendentemente parecidos: he ahí la verdadera base de un derecho comparativo realista. Sin embargo, este sistema, que podríamos llamar funcional, no es em modo alguno idéntico al histórico y dogmático que há hallado su concreción en la estructuración positiva de las leyes y codificaciones del Derecho civil. A este último lo llamaremos el sistema doctrinario o teórico. Los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley – citemos, por ejemplo, el “principio de la confianza” – son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que es el problema, y no el “sistema” em sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.” (Id. p.8-9).

²⁶⁹ Conferir, entre muitos que afirmam essa necessária percepção, a tese de doutorado da Prof. Dra. Martins-Costa (Cf. MARTINS-COSTA, A **boa-fé no direito privado**, p. 179).

²⁷⁰ Id., Ibid., p. 356.

Nesta senda, Vico descreve como ponto de partida o *primum verum*, que não pode ser anulado nem mesmo por meio de dúvida. O desenvolvimento posterior se faz no rigor da geometria, ou seja, conforme os cânones da primeira ciência estritamente demonstrável e, na medida do possível, mediante largas deduções em cadeia (*sorites*).²⁷¹ Em contraposição, o método antigo (tópica) tem a seguinte metodologia: **o ponto de partida é formado pelo *sensus communis* (sentido comum, *common sense*), que manipula com o verossímil (*verossimilia*), inter-relaciona pontos de vista de acordo com os cânones da tópica retórica, atuando por meio de um tecido de silogismos.**²⁷² Este tecido de silogismos pode ser denominado epiquerema.²⁷³ Vico preferia a tópica, pelas razões expostas, sem a qual se deixa a humanidade e a falibilidade natural de suas respostas.

Antes de continuar, é preciso frisar: o conflito entre lógica e retórica, apesar de ter resultado em grande papel na fixação da ordem (*ordo*) a ser seguida pelo processo,²⁷⁴ é apenas aparente.²⁷⁵ Consoante já declinado por Giuliani:

“lógica e retórica não estão em oposição, mas são complementares na construção daquele conceito central da lógica [ordem]; sem ordem é impossível não somente a demonstração, mas nem mesmo a argumentação: a retórica, de fato, pode ser interpretada como lógica das relações em senso fraco”. (GIULIANI)²⁷⁶

²⁷¹ Sorites são silogismos em cadeia de dois ou mais, de tal forma que a conclusão de cada um deles se torna uma das premissas do seguinte (nota não existente no original).

²⁷² VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p.31.

²⁷³ Epiqueirema são silogismos cujas premissas são acompanhadas de demonstração por outros silogismos anteriores formando uma miríade de raciocínios lógicos interdependentes.

²⁷⁴ Identificando se este é tendente à retórica ou à lógica, à razão prática ou à razão teórica, à prova argumentativa ou à prova demonstrativa.

²⁷⁵ Uma percepção dessa falsa oposição é trazida na obra de Elio Fazzalari. Por sistema, Fazzalari entende: “o sistema é, portanto, **uma estrutura racional, utilizada *pro tempore* para conhecer e para operar, isto é para a formação da experiência** (teoria e prática, em um movimento circular). **A sua constituição e o seu emprego envolvem os instrumentos da razão: a lógica axiomática** (sistema axiomático) **ou aquela argumentativa** (sistema tópico). Defende, assim, que **a razão não está em crise, mas que está em mudança**, o que é natural, já que **a razão é *pro tempore* e está como o único meio de conhecer e operar com coerência aquilo que está fora de nós** (DEWEY). Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 32, nota 83.

²⁷⁶ GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale*, p. 599.

O reconhecimento da complexidade do Direito, ao mesmo tempo em que revela a ilusão da certeza e desestabiliza os conceitos estabelecidos aprioristicamente, liberta o jurista. Trata-se de paradoxo apenas aparente, na medida em que esta constatação é efeito da realidade: liberta porque permite o questionamento sincero e profundo das estruturas abstratas.²⁷⁷

Com isto pode-se superar o complexo de inferioridade do Direito frente às ciências físicas ou axiomáticas. Possibilidades reais de Justiça sempre nascem como resultado de técnicas jurídicas concretas e não de grandes afirmações ou declarações gerais (generalizantes).²⁷⁸ A **tópica** encontra-se no *ius civile*, no *mos italicus*, na doutrina civilística atual e inclusive na correta interpretação e aplicação do novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10.01.2002).²⁷⁹ Portanto, faz parte natural do pensamento jurídico.²⁸⁰ Para livrar o direito da tópica seria necessária uma rigorosa sistematização dedutiva com meios exatos, que pressupõe que os problemas do direito possam ser mais bem resolvidos por esta técnica.

²⁷⁷ Como foi dito no prólogo à obra de Viehweg, “pode resultar paradoxal que um livro como este que reclama para a ciência jurídica sua humildade e suas limitações resulte ao final libertador e ampliador de horizontes, porém estes efeitos são sempre uma virtude da verdade, seja qual for, e não do poder e da força”, ENTERRÍA, **Prólogo**, In: VIEHWEG, **Tópica y jurisprudencia**, p. 20.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Sobre as inovações no novo Código Civil, confirmando que o legislador material tende as normas abertas, mesmo no Brasil, cf. MARTINS-COSTA, **O direito privado como um “sistema em construção**, p. 129/154. Para a autora: “dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade”, estas serão ‘progressivamente construídas pela jurisprudência’” (Id., p.134). Isto implica no reconhecimento da função criadora da jurisprudência, que já vem a muito denunciada por Cappelletti, Alexy, Santos e tantos outros, mas continua a prejudicar a análise do direito pelos juízes. Vale aduzir que com a técnica legislativa atual, das normas gerais e das cláusulas abertas ou normas de fechamento, o próprio direito material abre espaço para uma prática mais concretizante do Direito, menos dirigida e mais ética. Confirma-se assim a derrocada da crença absoluta da razão *a priori*, cf. ALEXY, **Teoria de la argumentación jurídica**, 1997, *passim*; SANTOS, **A crítica da razão indolente**, *passim*.

²⁸⁰ Cf. VIEHWEG, **Tópica y jurisprudencia**, *passim*. Do prólogo de Enterría colhemos, de imediato, a importância da obra “una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos a la teoría de la ciencia jurídica.” (Id., p. 11). Enterría salienta a importante *passagem da contraposição* entre jurisprudência de conceitos (razão teórica) e jurisprudência de interesses (subjetivismo, também identificada pelo autor com os movimentos do realismo jurídico) para uma *jurisprudência de problemas* (Id., p. 12). A crítica ao pragmatismo e ao funcionalismo dos instrumentos jurídicos (Id., p. 13) leva à apuração conceitual sistemática central da obra: “que la *Ciência jurídica* ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una *ciência de problemas singulares*, jámas reductible - frente a ingenuos intentos, siempre fallidos - al esquema mental axiomático-deductivo expressado en las matemáticas” (Id., p. 14). Sobre o realismo jurídico cf. CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione*. In: **Realismo giuridico scandinavo e americano: antologia di scritti giuridici**. Bologna: Il Mulino, 1981. p. 07-47.

Se isto não se aceita, a **Jurisprudência (ciência do Direito)** tem de ser entendida necessariamente como “**um procedimento especial de discussão de problemas**, que, como tal, é objeto da Ciência do Direito”.²⁸¹ Daí a afirmação de que a tópica é a técnica do pensamento problemático, desenvolvida pela retórica e distinta do pensamento sistemático.²⁸² O ensinamento central para o jurista revela o conceito de tópica como “**a “*techné*” do pensamento por problemas**, de um pensamento que **opera por ajustes concretos** para resolver problemas singulares partindo de diretrizes ou de guias que **não são princípios lógicos dos quais se extrem raciocínios dedutivos como resolução, mas sim, simples *loci communes* de valor relativo** e circunscrito, revelados pela experiência”.²⁸³

Viehweg indica a forte e premente necessidade de se criar uma **teoria da prática**, essa a razão e a preocupação de seu “*Topik und Jurisprudenz*”. Aqui diríamos, modelos jurisprudenciais. Portanto, privilegia a “Tópica” de Cícero em detrimento da “Tópica” de Aristóteles. A razão desse privilégio é simples: para **Cícero interessavam os resultados obtidos com a aplicação da tópica no discurso concreto, uma teoria da argumentação para aplicação forense**.

Para Aristóteles, em outro senso, a tópica era a projeção de uma teoria da dialética, entendida como arte retórica, buscando mais as causas dos argumentos do que a sua aplicação prática (mesmo que para ela servisse). O objetivo de Cícero, na empreitada que lhe determinou Trebácio, era facilitar a compreensão e criação de catálogos de tópicos para um

²⁸¹ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 25.

²⁸² Assim, “**la tópica es una técnica del pensamiento problemático**, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático”. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 24.

²⁸³ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 15. Conceito de *topoi* para Aristóteles pode ser entendido como: “...puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad” (Id., p. 42-43). A tópica de Cícero tem importância histórica maior do que a de Aristóteles (Id., p. 44). Frisamos, Cícero escreveu sua Tópica para Trebácio (jurista), portanto com objetivo prático, como afirmou Viehweg, “No compuso, pues, un libro filosófico, sino una suerte de recetario” (Id., p.45). Cícero trata de aplicar um determinado catálogo de tópicos (Id., p. 49).

jurista prático (os catálogos especiais ou catálogos tópicos de segundo grau), encaminhando sua utilidade para localização dos problemas a solucionar (*status*):

“Quando se quiser fazer uma pergunta, primeiro se tem de descobrir o tópico que deve ser empregado para obter a resposta (conclusão dialética); em segundo lugar, se deve observar as perguntas concretas em si mesmas [verificação do tópico com o problema], levando-as com uma determinada ordem; e, por último, dirigir-las adequadamente ao interlocutor”.²⁸⁴

Portanto, os erros lógicos (filosóficos) de Cícero, localizados por toda a tradição filosófica contemporânea, não revelam qualquer importância para além de sua correção (não passam de equívocos circunstanciais). Não se trata de observar na Tópica cicerônia o conteúdo lógico, mas sim a difusão de uma **técnica de resolução de problemas**. É justamente essa característica, e as preocupações com essa técnica, que fizeram Viehweg afirmar, mesmo sabedor das críticas ao texto de Cícero, que “o rumo filosófico, com que Aristóteles tratou o tema, se desvaneceu atrás dele e **foi a concepção cicerônia a que definitivamente prevaleceu**”.²⁸⁵

Frisa-se, enquanto Aristóteles buscava as causas, Cícero buscava resultados. “Cícero trata de aplicar um determinado catálogo de tópicos.”²⁸⁶ Não era seu objetivo conhecer de maneira conceitual as causas últimas dos argumentos retóricos.

A qualificada crítica de Alexy, em seu trabalho de doutoramento, oferece oposição a tese de Viehweg. Indica Alexy a ausência de preocupação na tópica com o **papel da lei**, da **dogmática estrita** e do **precedente**, decorrente da **insuficiente precisão do conceito de**

²⁸⁴ Cícero apud VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p.47. Cf. CICERO, Marco Tulio, *M. Tulli Ciceronis Topica* (106-43 a.C.). Trad. Maria Laetitia; Riccio Coletti. Chieti : Vecchio Faggio, 1994.

²⁸⁵ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p.49.

²⁸⁶ Ibid.

discussão.²⁸⁷ Faz-se uma releitura. A crítica de Alexy ao proposto por Viehweg não invalida a utilização de ambos os trabalhos no presente estudo. Vale repisar que, adotando a racionalidade prática discursiva e o discurso prático do caso especial, a tópica passa a ser um instrumento para a verificação dos problemas e **a lei, a dogmática e os precedentes, formam os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional.** Este raciocínio permite a conclusão de que Alexy tenha buscado aqui seus aportes iniciais para uma teoria dos direitos fundamentais, fundada na ponderação.²⁸⁸

Como advertiu Giuliani, a revalorização da dialética por meio do método tópico-retórico deve ser compreendida dentro de um marco lógico em senso fraco,²⁸⁹ ou seja, sem um aprofundamento conceitualista que, ao contrário de esclarecer e identificar a questão, aprofunda e afasta a identificação de um *status* (fez-não fez), perdendo-se em abstrações distantes do problema a ser solucionado.

Por outro lado, mas em reforço, a noção exposta de tópica ultrapassa as considerações meramente acadêmicas. **O jurista experimentado sente seu trabalho reconhecido nesta descrição da atividade tópica.** O jurista prático, mais ainda que o jurista acadêmico, principalmente do que aquele acadêmico que confunde ciência com a classificação e ordenação “*pseudológica*” ou “*pseudodidática*” do material normativo ou doutrinário.²⁹⁰

²⁸⁷ Cf.: “estos defectos consisten, por repetirlo una vez más, en la **infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática jurídica, y del precedente**, en la **insuficiente penetración en la estructura profunda de los argumentos**, así como en la **insuficiente precisión del concepto de discusión**”. ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, p. 42, nota 72.

²⁸⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 157-169. Aqui Alexy reconduz, na solução do caso Lebach, à sua teoria da argumentação.

²⁸⁹ GIULIANI, *L'ordo judicarius medioevale*, p. 599. No mesmo sentido apontando para o “pensiero debole” como alternativa pós-metafísica para o entendimento filosófico e jurídico cf. VATTIMO. *O fim da modernidade*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; VATTIMO. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Tradução: Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999; PCEZENIK. Can philosophy help legal doctrine? *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, p. 106-117, mar., 2004.

²⁹⁰ Cf. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 15 (do prólogo de Enterría).

Uma característica importante do pensamento tópico é que este, por estar voltado para o problema, deve evitar os raciocínios que o afastem do problema. **A *ars inveniendi*, a invenção, precede o raciocínio lógico-tópico. Ou seja: da correta identificação do problema (das premissas da discussão) é que surgirão as premissas necessárias para a solução das questões postas; quando estas se afastam do problema automaticamente perdem a validade.**²⁹¹ O pensamento problemático, tópico, não pode criar deduções de longo alcance, porque todas as deduções podem ser interrompidas pelo problema.

Contudo, o estilo mental de pontos de vista e busca de catálogos para questões que podem ser colocadas é pouco apreciado pela ciência moderna. Kant condenava a doutrina dos tópicos, contrapondo-se à opinião de Vico. Seja como for, Viehweg afirma que o certo é que, analisando ao seu redor, qualquer um verá que a natureza do pensamento problemático é muito mais aproximada da natureza humana.²⁹²

A realidade do discurso prático (e a sua precedência sobre o pensamento apriorístico) está bem colocada na seguinte passagem: **“para ninguém é possível conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, ao menos, um círculo demarcado por um entendimento comum. Ao jurista, v.g., isto é ensinado diariamente pela atividade processual. Os diálogos platônicos, nos quais Sócrates vai criando, por meio de uma técnica de perguntas, que atua de uma maneira peculiar, as aproximações que necessita para a demonstração, são um exemplo clássico”.**²⁹³ Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que só se pode falar em Ciência do Direito conservando o seu estilo próprio e fazendo-o objeto da ciência.²⁹⁴

²⁹¹ Cf. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 62/63.

²⁹² Id., *Ibid.*, p. 64.

²⁹³ Id., *Ibid.*, p. 65.

²⁹⁴ Id., *Ibid.*, p. 121.

Por outro lado, pretendendo-se teorizar no sentido de que a Ciência do Direito é uma ciência dedutiva e de que cumpre o ideal lógico das ciências matemáticas, fugindo do raciocínio problemático que lhe é natural, como foi demonstrado acima, cair-se-á nas seguintes objeções:

a) a construção de um sistema jurídico propriamente dito implicaria em resolver por meio dele *todas as questões*, produzindo por deduções *unívocas decisões dos conflitos*;

b) a identificação de um *preceito* de significação *é sempre arbitrária do ponto de vista lógico*, portanto a tópica não pode ser eliminada como *técnica de escolha do referido preceito* para que o cálculo jurídico seja aplicado;

c) o *sistema jurídico não é unitário, podendo ser considerado mais uma pluralidade de sistemas*, sendo que a colisão destes sistemas é resolvida pela interpretação.²⁹⁵ Logo, basta constatar que a tópica está presente no sistema jurídico através da interpretação: “o pensamento interpretativo tem que se mover dentro do *estilo da tópica*”.²⁹⁶ Desta forma *o sistema fica salvo de contradições internas, casos não previstos, lacunas e pode ser estendido, reduzido, comparado*;

²⁹⁵VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p.122. Aqui se volta ao raciocínio por ponderação, naturalmente tópico.

²⁹⁶Id., *Ibid.*, p. 129.

d) *a linguagem técnica*, apesar das tentativas de rigor, *guarda uma perspectiva espontânea que sempre se apresenta inventiva do ponto de vista da tópica*; essa “fecunda flexibilidade” decorre do fato de que os “conceitos e as proposições, que se expressavam por palavras da linguagem natural, são sistematicamente inseguros”;

e) o campo de atuação da tópica é “o estado das coisas” a “recíproca aproximação” entre os fatos e o ordenamento jurídico.²⁹⁷

Por estas razões Viehweg afirmou que não interessa de onde se observe: **sempre se encontra a tópica no raciocínio judicial**. A categoria dos sistemas dedutivos aparece inadequada, “quase como um impedimento para a visão”. Portanto, muito apropriada a advertência de que “**para um observador desprevenido o quadro estrutural não se modificou**” em comparação com os “**tempos presistemáticos**”.²⁹⁸ Disto se retira a conclusão de que a “*tópica precede à lógica* [formal]”.

É neste sentido que o caráter *prima facie* dos princípios²⁹⁹ e a coordenação do raciocínio tópico com a aporia fundamental do direito, fincada na busca da Justiça, devem ser compreendidos. Aporia pode aqui ser entendida como a dificuldade de ordem racional, que decorre exclusivamente de um raciocínio ou do conteúdo dele e lhe é intrínseca. Por isto se afirma que o direito é essencialmente problemático, pois lida constantemente com a aporia da Justiça. Esta aporia fundamental pode ser bem compreendida na afirmação de Viehweg:

²⁹⁷ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 131.

²⁹⁸ Id., *Ibid.*, p. 132, também assim, VILLEY, *Filosofia do direito*, *passim*.

²⁹⁹ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 155.

“todo ordenamiento jurídico tiene que hacerse con la pretensión de ser justo”. A Justiça aparece como questão fundamental. “En consecuencia, cada concepto particular se enlaza a través de la cuestión de la justicia, con verdades de Derecho natural”. “Es indudable que se tiene que dirigir la mirada hacia la aporia fundamental si se quiere comprender algo como jurista”. “Todo este procedimiento para una mentalidade lógica constituye un asunto enojoso, pues supone una perturbación de la deducción, ante la cual no se puede estar seguro ningún momento”³⁰⁰

Por outro lado, as tentativas de **Canaris** de evitar essas conclusões acabam por reforçar a prevalência da tópica nos modernos ordenamentos jurídicos e no Direito brasileiro posterior à Constituição de 1988, em particular. Suas afirmações quanto à prevalência, ou maior espaço, do método tópico na aplicação das cláusulas gerais³⁰¹ e no direito constitucional³⁰² levam à própria conclusão de que: **“não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua.”**³⁰³ Acrescenta-se, a percepção que a tópica ermagórea, na identificação do *status* da questão e individuação de uma contraposição de interesses (fazer/não fazer) aparece, em primeiro lugar, como forma de identificar o caminho a seguir, mesmo em relação à aplicação de regras do sistema (escolha do direito aplicável).

Um último exemplo, ressalta como a vinculação com o problema atua na seleção de princípios igualmente aplicáveis *prima facie*, mas antagônicos entre si. Trata-se do caso da responsabilidade civil. São princípios igualmente válidos e aplicáveis no direito da responsabilidade por danos em acidentes com veículos automotores: a) quem bate atrás é o culpado; b) o culpado é aquele que atravessa o sinal vermelho; c) quem bate em um veículo parado é o culpado etc. Com razão afirma Viehweg que a **vinculação ao problema** é a única maneira de **garantir a mobilidade tópica desses argumentos**, permitindo uma **solução justa ao problema**. Por exemplo, se o carro estava estacionado junto à calçada e foi abalroado pela

³⁰⁰ (VIEHWEG, **Tópica y jurisprudencia**, p. 142, p. 144, p. 149, p. 150, na ordem das citações).

³⁰¹ CANARIS. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 271.

³⁰² Id.,Ibid., p. 277.

³⁰³ Ibid.

frente por um veículo que manobrava em marcha ré, a regra presuntiva “quem bate atrás é o culpado” não se aplica na prática. Tudo dependendo da argumentação em juízo e do contraditório para bem identificar a questão. Representa papel de extrema importância, nesse caso de forma evidente, o dever de cooperação entre partes e juiz, sem o que não se atua com a pretensão de correção exigível para obtenção do resultado justo.

2.3 MODELOS DE DIREITO PROBATÓRIO

A idéia de divisão entre modelos probatórios tem sua maior validade na denúncia da *forma de pensar* das duas principais tradições de direito. O retorno à tópica obriga a reavaliação das certezas amplamente difundidas pelo paradigma anterior. Neste sentido, a teoria dos modelos probatórios poderá ser extremamente útil nas diversas etapas da prova.

Em breve e feliz síntese Knijnik observa:

“o *conceito clássico* de prova, dominante entre os séculos XII a XV, partindo das limitações próprias do homem na apreensão *do fato, da falibilidade* do próprio conhecimento humano, da sempre presente hipótese de *erro* e, com isso, da *injustiça*, procurava, pois, fornecer as bases para que o erro, o equívoco, fossem evitados; já o *conceito moderno*, numa visão positivista e cientificista, procura, na verdade, ‘conhecer’ o fato em sua inteireza fenomênica, reconhecendo-o como um ‘mundo autônomo’, perfeitamente ‘apreensível’ pelos sentidos com auxílio da razão” (KNIJNIK).³⁰⁴

O núcleo da polêmica está na forma de “conhecer” as aporções probatórias, nas suas limitações e na valoração atribuída a elas. Deve-se observar, novamente, que o modelo

³⁰⁴ KNIJNIK, Os *standards* do convencimento judicial, p. 22.

clássico se identifica com o juízo e com o paradigma lógico procedimental, enquanto o modelo moderno remete ao endereço legalista (cientificação *more geometrico*).

2.3.1 Modelo Clássico, Simétrico e Persuasivo: a Prova como *Argumentum* (*Common Law*)

Em resumo, o modelo clássico pode ser entendido pelas seguintes características: “a prova é um *argumento persuasivo*, dirigido a convencer o órgão que julga sobre os fatos (juiz ou jurados) da oportunidade de *assumir como correta* uma certa versão dos fatos relevantes para decisão”.³⁰⁵

O procedimento probatório está caracterizado por dois aspectos principais:

- a) desenvolvimento por diálogo entre as partes (conhecido atualmente no *common law* como *adversary sistem*);³⁰⁶
- b) ocorrer diante de um juiz passivo. Este modelo pode ser assim definido como isonômico, porque as partes se encontram em pé de igualdade. O juiz apenas verifica a admissibilidade da prova.

³⁰⁵ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 420 (grifo nosso).

³⁰⁶ O sistema *adversary* já foi considerado pela doutrina inglesa e norte-americana como: “il marchingegno giuridico più efficace che sia mai stato inventato per la scoperta della verità”, Wigmore, “A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law”, 3. ed. Boston: s/ed., 1940, vol. 5, *apud* TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 29.

Como o **juiz pode vedar a produção da prova**, no juízo de sua admissibilidade, ele não é tão passivo e deve concentrar seus esforços para esta atividade com prudência, a tal ponto que “a experiência do processo medieval é extremamente interessante tendo em vista que demonstra a *possibilidade de combinar a liberdade de valoração com uma lógica do juízo*”.³⁰⁷

Giuliani afirma que, na Inglaterra, continuou a idéia da *ratio artificialis*, originária da tópica, já que a *law of evidence*, estaria baseada na doutrina da *legal relevancy*, que representaria seu principal capítulo.³⁰⁸ Assim, no direito inglês, ao *status* da tópica corresponderia a *issue*. Até mesmo o método de ensino “*how the case may be reasoned*” levaria à manutenção do pensamento tópico,³⁰⁹ pois, não existiria uma fissura entre questão de fato e questão de direito.³¹⁰

A crítica de Taruffo à teoria dos modelos probatórios é dura. Em primeiro lugar, aponta uma falha de Giuliani no considerar a “**prova legal**” como integrante ao modelo demonstrativo³¹¹. Em que pese a qualidade da crítica e a importância do crítico, vale defender Giuliani: este autor fez uma distinção entre *prova legal como “regras de exclusão”* (que seria

³⁰⁷ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. 184.

³⁰⁸ Id., *Ibid.*, p. 189.

³⁰⁹ Id., *Ibid.*, p. 199. O método utilizado era também conhecido como *liberaliter disputare* ou *disputatio*: o mesmo método era ensinado nas escolas de artes liberais (gramática, dialética e retórica).

³¹⁰ Kijnik assim expressa seu entendimento sobre o juízo de fato e de direito: “espiral Hermenêutica, segundo a qual a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito...num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final” KIJNIK, **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle**, p. 20. Cf. ainda, KIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 269; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1º. p. 483-530.

³¹¹ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 421. No mesmo sentido Carratta demonstra o defeito da prova legal no sistema continental: esta é sempre absoluta, “o resultado da assunção das provas legais é de excluirqualquer eficácia aos outros elementos de prova de sentido contrário...e portanto de excluir que o juiz possa fundar sobre base racional os próprios raciocínios sobre a relação existente entre *factum probans e factum probandum*”, CARRATTA, **Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio**, p. 80.

atinente ao modelo clássico)³¹² e *prova legal como técnica de valoração* (que seria a vertente moderna). O cientificismo desta segunda assegura-se no que diz respeito aos valores imperantes à época. Racionalmente (sic.) a confissão é a prova mais importante, o depoimento de um barão tem mais credibilidade do que de um plebeu e assim por diante. Isto é: refletem a racionalidade dentro do contexto em que surgiu essa vertente de pensamento.

Taruffo aduz, ainda, em uma segunda crítica, que **jamais se chega a uma lógica da persuasão por meio do livre debate entre as partes e que esta lógica não substitui a lógica da verdade**. Trata-se muito mais de um sistema a serviço da “verdade a qualquer custo”: “em uma palavra é a lógica do confronto sem regra”.³¹³ Explicita, assim, que a *law of evidence*, é constituída de regras de exclusão (*exclusionary rules*) e de privilégios (*privileges*), mas ambas têm, como base, a idéia de proteger o júri, evitando-se o erro e os prejuízos injustos (*unfair prejudice*); por isto, **a prova existe como instrumento voltado a estabelecer a verdade dos fatos e não é um instrumento persuasivo ou argumentativo**.³¹⁴

Contudo, na sua luta contra a função argumentativa, Taruffo deixa escapar algo que revela extrema relevância, pois afirma: “A doutrina de *commom law* é orientada no sentido de *excluir que o processo persiga o escopo de estabelecer uma verdade certa e absoluta sobre os fatos da causa*”.³¹⁵

A grande questão é que a verdade dos fatos (que também é a verdade judicial dos fatos - verdade provável, no conceito clássico) deve ser estabelecida pela argumentação e persuasão e só assim pode surgir. **Apenas as posições exageradas enxergam nisto que o processo do**

³¹² Que de certa forma vem reconhecida quando Taruffo fala que não existem no direito da *law of evidence* “prova legal em senso próprio”, TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 429.

³¹³ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 424/425.

³¹⁴ Id.,Ibid., p. 429.

³¹⁵ Id.,Ibid., p. 429/430.

common law não possa, não queira ou não deva produzir uma declaração verdadeira dos fatos e estas posições estão vinculadas a um exacerbamento do confronto entre as partes no *adversary sistem* e, de regra, vêm afastadas na própria prática e doutrina de *common law*.³¹⁶

Esta concepção exagerada do *adversary sistem* não prevalece mais na doutrina americana. Regras de exclusão como a *hearsay* (testemunha de *audito*) e outras vão perdendo espaço na busca de soluções mais corretas na análise do *thema probandum*.³¹⁷

Resta a importância da **idéia relativa de verdade dos fatos**, verdade como probabilidade no sentido clássico, que foi mantida no sistema norte-americano, como advém, de todo o sistema da *law of evidence*, descrito nas *Federal Rules of Evidence*, principalmente, na regra n° 401, indicando que ali ocorre a abertura para a “*relevância da prova em termos de maior ou menor probabilidade do fato*”,³¹⁸ denotando, dessa forma, uma diferença fundamental entre essa concepção clássica e isonômica do direito probatório e a concepção moderna que irá ser objeto do tópico subsequente.

No modelo isonômico, o juiz e o direito tendem ao perfil do juiz Pilatos (*judicial restraint*), que não se responsabiliza pelo conteúdo das decisões, ou ao juiz Hércules, que assume para si a tarefa de realizar as políticas pública e a Justiça no caso concreto (*judicial*

³¹⁶ Nesse sentido Moraes, em excelente trabalho sobre a prova no direito inglês, afirma a tendência à diminuição das *rules of exclusion* e coloca o decaimento do júri como norte de um processo justo (MORAES. Henrique. A prova no direito inglês. In: ZITSCHER, (coord.). **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 319/333, especialmente p. 332). Com a conseqüente diminuição do papel do júri começa a surgir em contrapartida uma maior aquisição de poder para o juiz na instrução e condução da lide.(Id., p. 333). Portanto, “...hoje, aumentando-se a função do juiz, no sentido de se lhe permitir agir de ofício quanto às provas a serem produzidas, indica-se preocupação de que a solução de controvérsias possa interessar à sociedade” (Id., p. 333).

³¹⁷ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 431, nota 40 (grifo nosso).

³¹⁸ Id.,Ibid., p. 421.

ativism). Como bem observa Ost esta função ativista cresceu muito nos EUA a partir das doutrinas da *social jurisprudence* e do realismo judicial. É o juiz dos dossiês.³¹⁹

2.3.2 Modelo Moderno, Assimétrico e Científico: a Prova como Demonstração (Romano-Germânica)

O modelo moderno apresenta como seus elementos constitutivos: “a prova entendida como *instrumento demonstrativo*, voltado para o conhecimento «científico» da verdade dos fatos relevantes para a decisão”.³²⁰

Nesse modelo o procedimento é caracterizado pelo **forte ativismo judicial**, ou seja, um **juiz burocrata**, representante do Estado, que participa da instrução probatória ativamente. Desta forma é considerado **assimétrico**, justamente porque o juiz assume papel relevante na instrução e acaba por desigualar a relação de isônomia entre as partes.

Ao tomar para si a responsabilidade de lidar com o material probatório o Estado-Juiz verticaliza a relação processual, tornando-se o vértice do discurso institucional. Trata-se do juiz Júpiter, ao Estado cabe adequar todo o processo. É o juiz dos Códigos.³²¹

³¹⁹ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/index.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2005).

³²⁰ Assim, “a convicção da base teórica sobre a função demonstrativa da prova judiciária contradiz inexoravelmente a idéia - geralmente acolhida no passado - de que na reconstrução dos fatos o juiz possa seguir mecanismos do tipo dedutivo, dentro dos quais a premissa maior seria constituída de uma máxima ou regra da experiência, a premissa menor do fato percebido ou do fato conhecido e a conclusão de uma ilação a cerca da existência ou inexistência do fato a ser provado, conclusão que, por sua vez, terminaria por ser a premissa menor do verdadeiro e próprio silogismo judicial”, CARRATTA, **Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio**, p. 83.

³²¹ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/index.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2005).

Dois modelos demonstrativos foram imaginados pela doutrina. O modelo dedutivo e o indutivo. O primeiro é estritamente lógico-silogístico, ao qual vem atribuída a pecha de arbitrário, porque alça mão de um silogismo factual, identificando a norma de direito probatório aplicável e enquadrando nela o fato *probando*.³²² Já a demonstração indutiva refuta esta técnica ligada ao raciocínio a partir de uma premissa maior (que pode ser uma máxima da experiência), porque sua veracidade está assumida aprioristicamente sem a necessária demonstração sobre bases racionais.

Defendendo a função demonstrativa da prova em uma perspectiva indutiva, assevera Carratta que

“a função da prova, aquela de forma a demonstrar a verdade/falsidade das afirmações factuais [o autor anota que toma emprestado de São Tomas de Aquino o conceito aristotélico de verdade como «*adaequatio rei et intellectus*»], de ser assumida dentro do processo mediante recurso a um procedimento do tipo racional, no qual os resultados - propriamente em razão deste procedimento - são controláveis externamente, e isto é pelos destinatários da decisão, pelo juiz da impugnação e, em geral, por todos os interessados” (CARRATTA).³²³

³²²Id., p. 84.

³²³ CARRATTA, **Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio**, p. 75/76. Uma crítica deve ficar aqui fundamentada, o autor que aspira pretensamente a tratar o tema da demonstração indutiva aduz ao conceito de verdade como *adaequatio rei ad itelectum*, quando é evidente que a busca empírica se funda no conceito de verdade como *adaequatio intellectus ad rem*. Ou seja, a verdade está na conformação do objeto e não na sua percepção *a priori*. O tema é recorrente em Cappelletti, do qual se transpõe uma breve digressão. Partindo da idéia de juramento e confissão, Cappelletti, com base em Allorio (*Il Giuramento della Parte*) aponta um paralelismo entre ambos. Assim, as várias teorias e tipos de ordenamentos podem ser reduzidos a três: 1) juramento e confissão como negócio dispositivo, operando diretamente sobre a relação jurídica; 2) juramento e confissão entendidos como provas legais e portanto como meios de fixação de uma verdade formal; 3) juramento e confissão como testemunho da parte (*testimonianza della parte*), livre quer pela sua dialética (ausência de formalidades no exame ou interrogatório das partes), quer pela sua eficácia (juramento e confissão como provas livres ou judiciais). Após citar Pollak (System), chama o primeiro tipo (juramento e confissão como negócio disponível) de germânico; o segundo (juramento e confissão como prova legal) de romano e de direito comum; o terceiro (juramento e confissão como testemunho da parte) de inglês-escocês. Este último Cappelletti indica, por meio de vasta literatura, ter origem anterior no processo romano, relativa ao juramento *in iudicio*. E que muitos ordenamentos civis modernos têm lhe adotado, após o acolhimento, pelo direito anglo-saxão, principalmente depois da metade do séc. XIX. E conclui: “Aquele terceiro “tipo” que prefiro chamar de moderno, porque, como se viu e se verá, para este tendem os ordenamentos processuais mais progredidos quando já não o colocaram em prática”, p. 7, nota 4. E segue, “**não fosse por outro motivo, por responder ao método de observação concreta e de pesquisa a posteriori, ao método portanto de colocar o dado concreto da experiência na base da busca - a veritas como *adequatio intellectus ad rem*, mais do que como *adequatio rei ad intellectum*-, em contraste com o método abstrato mecânico “escolástico” da pesquisa a priori hodiernamente superado em todos os campos da busca pela verdade**”, p. 7, nota 4.

Para justificar o valor da tese demonstrativa Carratta fixa três argumentos necessários de sua convicção:

a) distinção entre as *questões de fato* e as *questões de direito* (*sic.* - essa distinção é completamente oposta ao dominante entendimento na época do *ordo* judiciário em que vigia a regra de que *omnis quaestio facti est quaestio juris*);

b) em relação ao juízo de fato é necessário organizar o procedimento probatório com um *método racional*;

c) somente considerando as premissas anteriores, verdade de fato separada da verdade de direito, e método racional, se poderá obter um juízo controlável das decisões judiciais, podendo ser definida a maneira como o juiz chegou a um resultado final para considerar a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre fatos (*sic.*).

Analisando-se de forma sistemática:

a) se fosse verdadeira a completa cisão entre a questão de fato e a questão de direito, não seria possível o **raciocínio presuntivo**, visto que, à base da decisão, estaria um **axioma jurídico permissivo e não propriamente um dado empírico**, real;

b) é questionável a posição de se assumir como dados de realidade eventos passados de que, no máximo, se tem conhecimento mediato;

c) a própria limitação inerente ao juízo, a prova é sempre prova em qualquer campo da ciência.

Do ponto de vista epistemológico, a que se refere Carratta, percebe-se uma diferenciação entre a prova jurídica e a prova “científica”. Ora, se se considerar epistemologia o estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados das ciências já constituídas, e que visa a determinar os fundamentos lógicos, o valor e o alcance objetivo delas, ou seja, uma teoria da ciência, se estaria concordando, e talvez esta seja sua tese central, com que, relativamente (no mínimo) à **“prova”**: **no processo se trata de estrita adoção das ciências exatas, físicas ou naturais em detrimento das ciências humanas, do espírito ou sociais** (sic).³²⁴ Vale lembrar, por outro lado, que determinados sistemas têm rol exaustivo de meios de prova (como o próprio sistema italiano), portanto, nem toda a prova científica poderá ser aceita. **No Brasil, não existe vedação à prova atípica.**³²⁵

Contudo, há vedação, no âmbito do direito brasileiro, para **as provas ilícitas** (art. 5º, LVI, da CF/88), mantida de forma absoluta pelo Supremo Tribunal Federal³²⁶ e que denota, à saciedade, que, no nosso sistema, **nem toda a prova poderá ser aceita por uma série de razões de direito** (implicando a absorção e compreensão dos conceitos referentes a cultura jurídica como um todo, a existência de um senso comum dos juristas etc). Ou seja, o material probatório no direito, em razão de sua vinculação intrínseca, ganha, em que pese a

³²⁴CARRATTA, **Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio**, p. 76

³²⁵ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 155; RIBEIRO. Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 93.

³²⁶ Cf. KNIJNIK. A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os discursos da suprema corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, ano XXIII, n. 66, p. 61-84, 1996.

possibilidade de certas críticas sobre a profundidade das limitações, uma orientação ética, social e, também, jurídica, visto que não se pretende a verdade a qualquer custo.

O raciocínio judicial que está sujeito ao controle nasce para ter um fim. O direito ao processo existe igualmente para prover uma decisão em tempo hábil e evitar as lides imortais. Logo, o grau de conhecimento (cognição) franqueado a um cientista e o grau de conhecimento disponibilizado ao juiz tem ordens diferentes: o juiz está obrigado a prover uma decisão na medida da sua satisfação com o que “provavelmente” aconteceu. Por exemplo, a regra que veda o *non liquet*, resulta na aplicação de ônus probatório para possibilitar a decisão mesmo sem haver certeza sobre os fatos.

Essa regra agora, de certa forma, se apresenta mitigada para evitar graves prejuízos aos direitos novos, é o caso das ações coletivas que estão por força do sistema do CDC (leia-se art. 21, da lei da ACP e art. 90 do CDC) isentas dessa tarefa pois o art. 103 do CDC (e outros dispositivos espalhados pelos diplomas processuais coletivos) afirma que, ocorrendo insuficiência de provas, o juiz poderá decidir a causa sem julgar o mérito, possibilitado o ajuizamento de nova ação com a renovação do material probatório. Aí existe apenas uma diferença sutil, mas relevante, no âmbito (enfoque) da discussão: **a prova judicial contém, identicamente, conteúdo jurídico, enquanto a “prova científica” está despreendida dessa categoria de valor.**

Com relação à racionalidade e à controlabilidade da decisão, o dissídio é ainda maior.³²⁷ Revela-se de grande retrocesso o raciocínio que liga a razão e a lógica como elementos afeitos unicamente as ciências exatas, matemáticas ou apodíticas. Por acaso não é

³²⁷ No que toca à intrincada problemática levantada no texto, consulte-se o indispensável trabalho de WAMBIER. **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória – Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória: O que é uma Decisão Contrária à Lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

possível raciocínio que não seja o lógico formal (indutivo ou dedutivo)? A moderna linguística, a semiótica, a física quântica, a teoria dos sistemas vivos e a tópica-retórica evidenciam uma mudança paradigmática; as ciências sociais passam a influenciar determinadamente as ciências físicas.³²⁸ Conseqüentemente, é possível controlar a decisão jurisdicional justamente pelo conhecimento da discussão, o não-afastamento do problema, por meio de um discurso prático do caso especial, dentro de uma teoria procedimentalista desse discurso e não com recursos extremados na razão formal.³²⁹

Carratta admite a distinção entre o juiz, o historiador e o cientista, referindo que quanto mais se aprofunda no raciocínio judicial “não se pode negar a especificidade da prova judicial por ser chamada a verificação/falsificação das afirmações factuais das partes dentro de um contexto altamente formalizado como é o processo”.³³⁰ Contexto formalizado, “contexto de justificação”,³³¹ do qual não se pode escapar sem incorrer em grande facilidade de equívoco. Este contexto não é só formal (processo), mas também problemático, uma vez que o problema molda e conforma o raciocínio judicial do caso em discussão.

Contudo, Carratta está extremamente embebido de seu sistema jurídico, não percebendo as contradições que este apresenta para a busca de uma verdade demonstrativa. Coloca, portanto, para que o procedimento de verificação/falsificação seja plenamente alcançado, atingindo os objetivos da função “demonstrativa indutiva” da prova, deve-se seguir **as regras predispostas pelo legislador**³³² em dois momentos:

a) admissão, aquisição e valoração dos meios de prova;

³²⁸ Afirma Santos: “à medida que as ciências naturais se aproximam das ciências sociais, estas se aproximam das humanidades”, cf. SANTOS, 2000. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 92.

³²⁹ ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 206

³³⁰ CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, p. 77.

³³¹ Id., *Ibid.*, p. 78.

³³² CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, p. 79.

b) condução a resultados racionalmente atendíveis.

Desta forma, dá-se o controle:

a) vinculando à assunção *do factum probans*;

b) ligando esta assunção ao controle do raciocínio probatório conduzido pelo juiz: “nem todo o fato que, fora do processo, seja idôneo para fornecer um fundamento racional tem a atendibilidade e pode ser considerado um *factum probans*”.³³³

A crítica é evidente. O juiz italiano é subordinado à lei (conforme o art. 101, 2 da Constituição Italiana). Daí concluir Carratta que o fato somente pode ser considerado “vestido pela lei” se corresponde aos meios de prova por ela expressamente estabelecidos. Ora, no Brasil não existe esta necessidade objetiva; primeiro porque o juiz deverá estar adstrito à Constituição e não propriamente a lei (aquela não o atrela a esta); segundo porque os meios e fontes de prova no Brasil não apresentam um rol taxativo, visto a norma de encerramento do art. 332 do CPC. A percepção da impossibilidade de controle rígido da cadeia de silogismos é evidente. Carratta, mesmo, salienta que em qualquer processo o raciocínio do juiz está baseado em “passagens inferenciais”, entendidas em lógica como passagens de uma proposição a outra que dela deriva sem mediação. Portanto, não nas afirmações das partes e nas diretas conseqüências dos fatos provados.

³³³ Cf. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio*, p. 79.

Algumas críticas, levadas a cabo por Taruffo, devem ainda ser opostas à idéia de modelo de *civil law* (moderno) afirmada acima. Em primeiro lugar, o **juiz burocrata dotado de todos os poderes para a busca da verdade científica não existiu em nenhum ordenamento ocidental**, nem mesmo no direito soviético, que era acentuadamente orientado pela idéia de “verdade material” ou “verdade objetiva”. O que existe é apenas uma tendência generalizada ao ativismo judicial, mas que surtiu efeitos diversos nos diferentes ordenamentos, sem uma característica de homogeneidade.³³⁴

Nesse sentido também pondera o autor que a garantia do “direito à prova” implica que as partes têm o direito de servir-se de todas as provas relevantes para demonstrar a verdade fática, com a mais ampla iniciativa no campo do procedimento probatório, garantida não mais como poder dispositivo das partes, mas como garantia mesma: **“o direito à prova não contrasta com os eventuais poderes instrutórios do juiz**, mas coloca as partes em pé de igualdade, ou até de prevalência, em relação ao juiz, quanto à faculdade de determinar o recolhimento do material probatório”³³⁵.

Destarte, mesmo quando exista a possibilidade de **ativismo judicial**, que, no nosso sistema, de cunho preponderantemente dispositivo, depende da atenção a alguns pré-requisitos **para não se degenerar em arbítrio**,³³⁶ **este deve estar contido pelo**

³³⁴ Podemos dizer ao revés, que se por um lado é verdade que esta é uma tendência mundial nos sistemas de *civil law*, não é verdade que esta tendência “se traduza na figura de um juiz que procura autonomamente a verdade absoluta dos fatos”, cf. TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 433/435. Ver também a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça (REsp 140665/MG).

³³⁵ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatório**, p. 435.

³³⁶ A autorização legal para a suplência do juiz em matéria probatória está no art. 130 do CPC. A jurisprudência tem se manifestado no sentido de permitir estes poderes instrutórios desde que atendidas determinadas circunstâncias como a presença de razões de ordem pública ou igualitária, ou ainda em matéria de condições da ação ou pressupostos processuais, bem como quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. Esta orientação tem relação direta com o maior sentido publicista que vem atualmente sendo atribuído ao processo, cf. REsp 140665 MG, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma do STJ, julgado em 17.09. Consulte-se, de resto, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 548-553, tomo I.

contraditório, inclusive pelo contraditório preventivo³³⁷ sobre a relevância da produção daquela prova.

Um segundo problema atine à disciplina positiva do direito probatório nos sistemas de *civil law*. Taruffo atenta para as distinções entre o modelo alemão, que tem uma extrema abertura para a admissão da prova testemunhal, e o modelo francês, que limita a prova testemunhal, partindo da concepção de que a prova civil é principalmente a prova das obrigações (aliás, no que é seguido pelo italiano e também pelo brasileiro, art. 401 do CPC e art. 227 do novo CC, Lei 10.406/2002). A crítica de Taruffo vai direcionada ao fato de que, neste sentido, os **ordenamentos privilegiam a prova escrita**. Disso decorre que não se pode falar em busca de cientificidade dos fatos já que “o valor dominante é ... derivar a disciplina da prova daquela das obrigações, e no de privilegiar a certeza formal dada pelo documento com relação à declaração judicial dos fatos”.³³⁸

O problema da assunção da prova³³⁹ aparece também para demonstrar que o juiz não é um eficiente burocrata na procura da verdade. O que ocorre na maioria dos ordenamentos de *civil law* é que, apesar do juiz controlar a assunção da prova, justamente por ser um burocrata, não está comprometido com a utilização adequada destes poderes.³⁴⁰ Nesse sentido, Taruffo admite que muitos sistemas procuram aceitar a técnica da *cross-examination* justamente para obter um método mais eficaz de pesquisa da verdade.³⁴¹

³³⁷ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **A garantia do contraditório**, p. 16.

³³⁸ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 437. Vale observar que a prova testemunhal, por ser uma prova indicada pela doutrina como “indireta” (sic.), não é capaz de conferir certeza, por isto vem diminuída de valor.

³³⁹ Em lógica o verbete assunção significa uma proposição ou principio admitido em vista das conseqüências que deles podemos tirar, abstraindo-se a sua verdade ou falsidade intrínsecas. Ou seja: a resposta ao *thema probandum*.

³⁴⁰ Sobre o problema criado por essa concepção: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis ?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

³⁴¹ TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 438.

Mesmo quanto à valoração, o princípio da livre apreciação do juízo tem pela frente o enfrentamento com as provas legais e com a idéia de controle racional da decisão, o que até o presente ainda não se determina necessariamente como científico (sic.), podendo ser, inclusive, fonte de arbítrio.³⁴² O fato de ser recorrente em várias obras a afirmação de que “as provas servem para a demonstração da verdade dos fatos”, não explica qual o significado se dá à afirmação “demonstração”, sendo, portanto, muito duvidoso que “aluda a um modelo científico de prova”.³⁴³

2.3.3 Um Modelo Contemporâneo para o Direito Probatório e para a Lógica Jurídica: o Ordenamento Brasileiro e a Racionalidade Prática Procedimental

No Brasil, a prova tem sido entendida como demonstração: “prova é demonstração e provar é demonstrar” (sic.).³⁴⁴ Este conceito está ligado a uma concepção que vê o direito processual e direito material em dois planos distintos - o processo não cria a dívida, não torna o possuidor dono do bem pela usucapião: “as sentenças judiciais limitam-se a *revelar* essas situações criadas pela vida e regidas pelo direito material, eliminando dúvidas e valendo como palavra final a respeito (coisa julgada). *Elas não criam situações jurídicas novas. Direitos e obrigações preexistem ao processo. Ex facto oritur jus*”.³⁴⁵ Sua explicação para o fenômeno jurídico é silogística:

“o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos por meio da prova, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico

³⁴² Id.,Ibid., 438/439.

³⁴³ Id.,Ibid., p. 439.

³⁴⁴ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 43.

³⁴⁵ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, p.42.

definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto”. (DINAMARCO)³⁴⁶

O trabalho até aqui desenvolvido procurou deixar assente a tentativa de superação hodierna do reducionismo silogista deste raciocínio,³⁴⁷ contrário à criação judicial e adepto da dicotomia questão de fato - questão de direito.³⁴⁸

Se o fato não pode ser percebido dentro do processo sem as suas implicações jurídicas, também ele reverte sobre o direito uma eficácia modificadora. Exemplos de busca da verdade provável de forma mais cooperativa estão distribuídos no nosso CPC.

Pode-se citar a audiência preliminar do art. 331, que tem entre seus objetivos uma clara abertura para discussão da relevância das provas a serem produzidas bem como na fixação dos pontos controvertidos³⁴⁹ e na determinação da prova a ser produzida em audiência.³⁵⁰ Trata-se de observar a regra tópica do tema proposto ou *status* (tópica-ermagórea).

³⁴⁶ Id.,Ibid., p. 42 (sic.).

³⁴⁷ A evidência da superação deste raciocínio pode ser trazida de autorizada doutrina: “appare da tempo superata l’idea che anche tale giudizio sia riconducibile a forme silogistiche, e sia quindi caratterizzato da certezza lógica, così come appare superata la tradizionale teoria del sillogismo giudiziale”, TARUFFO, **Modelli di prova e di procedimento probatorio**, p. 439.

³⁴⁸ KNIJNIK, **Os standards do convencimento judicial**, *passim*.

³⁴⁹ Na fundamentação ao projeto 3.476/2000 que alterava o CPC e o art. 331 vinha dito que a Lei 8.952/94 incluiu no sistema brasileiro a audiência preliminar, sendo instituto que entre outros encontra parâmetro na “audiência prévia das *summons directions* do direito inglês; do *pretrial* norte americano, etc”, cf. Reforma Constitucional do Poder Judiciário, organizado por Calmon Filho. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2001, p. 33. O *pretrial* na experiência americana é recente (surgiu em 1929), a prática comprovou que o *pretrial* não aumentou o número de conciliações, mas serviu significativamente para garantir uma melhor apresentação dos casos, um menor número de surpresas no julgamento (aqui o juiz pode advertir da inversão do ônus probatório), julgamentos mais justos (equânimes) e melhor instrução dos acordos efetivamente efetuados. É muito importante frisar que a estrutura do *pretrial* americano inclui a apresentação das provas, o que poderia facilitar a fixação dos pontos controversos pelo juiz no direito brasileiro. Geralmente o *trial* tem a seguinte estrutura: 1- abertura pelo requerente; 2- abertura pelo requerido; 3 - apresentação pelo requerente de suas prova diretas; 4 - apresentação pelo requerido de suas provas diretas; 5- requerente apresenta sua contradita (*rebuttal evidence*); 6- requerido apresenta sua contradita; 7- abertura do argumento final pelo requerente; 8- argumento final do requerido; 9- fechamento do argumento final pelo requerente; 10 - instruções para o júri, cf. FRIEDENTHAL, Jake; KANE, Mary Kay; MILLE, Arthur.. **Civil procedure**, 3 ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 442-445.

³⁵⁰ Como bem anotam Wambier e Wambier a audiência preliminar é mais do que uma audiência de conciliação é “momento importantíssimo, que, se bem conduzido pelo juiz cria espaço para um contato mais direto do magistrado com as partes e/ou seus procuradores...”, cf. WAMBIER; WAMBIER.. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87. Vale frisar que a correta leitura deste dispositivo leva a uma otimização do processo, sendo de grande valia a sua utilização compromissada, por partes e órgão julgador.

Outro ponto de abertura para a tese aqui sustentada está nas máximas de experiência a que se refere o art. 335 do CPC. No conceito clássico de Stein, máximas de experiência são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares, de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos”.³⁵¹ Um julgamento levado a efeito no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode auxiliar neste particular. Trata-se da Apelação Cível 70001464676, julgada recentemente pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, rel. Des. Est. Osvaldo Stefanello, já confirmada em sede de embargos infringentes.

A matéria julgada concerne ao arrombamento de cofres de segurança locados a terceiros em uma instituição financeira. O fato relativo ao arrombamento restou incontroverso, discutindo-se apenas o prejuízo sofrido. O voto do relator entendeu pela responsabilidade da instituição financeira decorrente do risco da atividade, mas acrescentou que era ônus do autor comprovar a existência do efetivo prejuízo (sugere que este deveria - ou poderia- ter acostado aos autos a declaração de rendimentos feita à Receita Federal, i.e., um documento).

Com esta decisão, apesar da grande probabilidade, existente nos autos, de ter ocorrido prejuízo, a responsabilidade de refutar este prejuízo não poderia ser imputada como “prova negativa” ao banco, uma vez que aos autos apenas concorreram provas indiciárias, como o depoimento dos autores e o testemunho de pessoas de estreita relação com as partes. Como conclusão de seu voto, afirmou o relator: “não conseguiram, os autores, demonstrar sua razão

³⁵¹ STEIN, Friederich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22.

jurídica ao pretenderem reparação de prejuízos que afirmam ter sofrido por conduta da ré. Impõe-se, assim, o provimento do apelo, com a conseqüente improcedência da ação”.

O Desembargador Estadual Alvaro de Oliveira, atuando como revisor, votou em sentido contrário, aduzindo que a prova produzida nos autos era suficiente para a condenação, isto porque, utilizando-se de leitura de Taruffo, vislumbrava esta prova como verossímil por corresponder ao *id quod plerumque accidit*. Assim, equivalendo “verossimilhança” à “normalidade”, na medida em que se expressam estas como máximas de experiência, indicou para a conclusão de seu raciocínio os seguintes elementos do conjunto probatório:

- a) o prestígio social dos autores, sendo pessoas acreditadas na sociedade;
- b) o autor era empresário conhecido;
- c) a idade avançada dos autores, ela com 64 anos e ele com 67;
- d) a utilização freqüente do cofre pelo casal;
- e) a pormenorizada descrição das jóias ali guardadas, tendo sido algumas encontradas pela polícia no curso do processo, o que reforçava a veracidade das afirmações;
- f) a venda de imóvel da propriedade dos autores, a indicar que os valores recebidos possam ter sido convertidos em dólares, que estariam guardados no cofre;

g) a prova testemunhal foi produzida justamente com aqueles que poderiam ter conhecimento dos fatos, somente pessoas próximas é que conheceriam os detalhes referentes ao patrimônio e às jóias dos autores;

h) as testemunhas devem ter seu depoimento valorado conforme a sua credibilidade (art. 405, § 4º do CPC). Ora, para a credibilidade decorre a “idade, a condição econômica, posição social e profissional de que desfrutam”.

O Desembargador Estadual Andrade Xavier desempatou a votação aderindo à tese da improcedência da apelação. Em síntese acompanhou o entendimento quanto à matéria probatória estar demonstrando, uma vez aplicadas as máximas de experiência, que assistia razão aos autores, porque, como ficou provado, assim “normalmente ocorre”.

O raciocínio utilizado para solução do problema em questão não se apresentou como demonstrativo dedutivo ou científico, tendo em conta que não aderiu a uma máxima pré-estabelecida, ficando mais rente à lógica demonstrativa indutiva. Porém, analisadas as premissas probatórias do raciocínio inferencial do voto-líder, observa-se que a utilização da tópica foi presente em toda a decisão, no identificar-se, ora com o raciocínio presuntivo, ora com o demonstrativo, para alcançar a solução justa. Vale lembrar que as máximas de experiência só poderiam ser utilizadas quando não houvesse prova ou presunção legal em contrário.³⁵²

³⁵² Assim, “as regras de experiência, sem o uso das quais especialmente nos sistemas em que atua o princípio da livre apreciação da prova dificilmente poder-se-á chegar à verdade quanto aos fatos, se encontram no plano das normas de que o Juiz deverá utilizar-se, *salvo a existência de normas jurídicas, a respeito, que sobre elas prevalecem*. Assim, por exemplo, o juiz não poderá valer-se de máximas de experiência em face de presunções legais, mas, necessariamente, delas se utilizará,

Neste caso, uma vez que a presunção legal se reportava ao ônus probatório do autor de provar o prejuízo alegado, seria possível a prova por meio de documentos, como a declaração de imposto de renda, mas esta não foi efetuada, com o que os autores não teriam se desincumbido de sua tarefa processual em suficiência.

O acórdão serve para justificar o nosso entendimento em prol da prova como *argumentum*. Todo o trabalho de julgar consistiu em solucionar a questão, em perquerir: “como o caso deve ser pensado/resolvido”.³⁵³

As presunções *hominis* foram utilizadas como probabilidade interna (relação entre a hipótese e as provas que a convalidam, na perspectiva da tópica, no exemplo: pontos “d” e “e”) e não como probabilidade dedutiva (termos objetivos, estatísticos e de frequência – e.g., quem bate atrás é culpado no acidente de trânsito, conforme o conceito de máximas da experiência adotado por STEIN).³⁵⁴

A verdade atingida nos autos foi, portanto, **a verdade provável**, com alto grau de probabilidade, a ensejar a correção da decisão, restando igualmente controlável na medida em que ficaram expressos os pontos de discórdia entre os julgadores e assentes os argumentos, de forma pormenorizada, a favor da tese dos autores no voto-condutor. Essa matriz é possível frente à demonstrada abertura do sistema brasileiro em relação ao europeu-continental (tradição de *civil law* clássica), tal é a nossa conformação cultural e também o fruto da recepção do “*judge-made-law*” no nosso processo constitucional (infra).

como *premissa maior*, em *face do indício*, para extrair uma *presunção de homem*” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. IV. p. 42-43), grifo nosso. Ainda, BUZAID. Máximas de experiência. In: **Ensaio e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

³⁵³ GIULIANI, **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**, p. 199.

³⁵⁴ STEIN, **El conocimiento privado del juez**.

2.3.3.1 Teoria do Discurso e Racionalidade Prática Procedimental

Cabe ainda um último detalhamento: aprofundar a racionalidade prática procedimental. Com a busca de uma maior cooperação judicial entre partes e juiz³⁵⁵ ocorre uma virtual (des)angularização do processo. No processo visto como procedimento em contraditório, **o juiz participa ativamente e sobre ele também recaem os encargos** (entendidos como deveres-poderes)³⁵⁶ **do diálogo judicial**. Dentro da perspectiva do retorno ao “*iudicium*”, fica saliente o “inafastável caráter dialético do processo”,³⁵⁷ que se consitui no ato de três pessoas: juiz, autor e réu.³⁵⁸

³⁵⁵ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional**. n. 1, Porto Alegre - Faculdade de Direito da UFRGS, p. 89-122, dezembro/março, 2004.

³⁵⁶ Cf. CABRAL, **Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**, *op. cit.* Ver infra, Capítulo 3 sobre o papel do juiz no estado democrático de direito e Capítulo 4 sobre o módulo processual.

³⁵⁷ A jurisprudência já reconhece expressamente essa característica. Conforme foi noticiado no informativo 158 do STJ: “PREPARO.DISTRIBUIÇÃO. EXTINÇÃO. EMBARGOS. A embargada ofereceu embargos à execução fiscal proposta pela União. A execução desenvolvia-se perante a Justiça estadual, em Campos-RJ. Os embargos quedaram-se inertes, até que se instalou, na Comarca, a Justiça Federal. Nessa Jurisdição, o processo foi extinto por falta de preparo. A extinção (art. 257 do CPC) aconteceu sem que a então embargante fosse intimada do valor a ser recolhido ou, ao menos, notificada para efetuar o pagamento. Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos por entender que o art. 257 do CPC não incide nos embargos à execução porque são dirigidos imediata e diretamente ao Juiz da execução. Nessa circunstância, não há distribuição a cancelar. Declarar, no caso, a extinção do processo de embargos, seria ultrapassar, em manifesto atentado ao devido processo legal, os limites do preceito cominatório contido no art. 257; em se tratando de embargos à execução, não faz sentido extinguir-se o processo sem julgamento de mérito. Com efeito, tais embargos atuam como efetiva contestação oferecida em prazo estreito. Desse modo, extinguir os embargos é tomar inviável a defesa do executado; **a partir de 1988, todo o processo é dialético**, de tal forma que é defeso aplicar-se qualquer sanção sem prévia oitiva do eventual prejudicado. Precedente citado: REsp 150.758- PE, DJ 25/2/1998. EREsp 199.177-RJ. Rel. originária Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 11/12/2002”.

³⁵⁸ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **O juiz e o princípio do contraditório**, p. 07/14.

A teoria do discurso que se propõe está esvaziada do senso forte, de controle *a priori*.

Seu compromisso se traduz nas palavras de Alexy:

“[em] considerar como tarefa da teoria do discurso, precisamente propor regras que, por uma parte, sejam tão débeis, quer dizer, que tenham tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes possam estar de acordo com elas, porém, por outra parte, sejam tão fortes que uma discussão realizada de acordo com as mesmas possa ser qualificada como “racional” (ALEXY)³⁵⁹

Devemos resgatar o papel do discurso jurídico, rompendo com a facilidade simplificadora da ausência de discurso no paradigma legalista (lei-fato-decisão). Esses discursos podem ser de várias espécies, mas não podem abdicar da pretensão de correção. Deve se ter bem claro que o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral porque sua liberdade está limitada pelos elementos essenciais que o compõem: a lei, a jurisprudência e a dogmática. Especialmente no processo esse discurso ainda apresenta o elemento limitador especial das regras procedimentais, que ordenam o debate judicial.³⁶⁰

Alexy sugere a existência de diversos discursos jurídicos: o discurso dogmático (entendido como o discurso voltado para solução de casos jurídicos), as deliberações judiciais, os debates diante dos tribunais, os debates legislativos, as discussões jurídicas acadêmicas etc. Nesse contexto, afirma, com razão, que **são maiores as limitações do discurso processual**. Tal circunstância característica o transforma em um **modelo paradigmático e concentrado para a proposta de discurso prático do caso especial**.³⁶¹ Como viemos defendendo até aqui,

³⁵⁹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 37.

³⁶⁰ Id., *Ibid.*, *passim*.

³⁶¹ Assim, “a amplitude e os tipos de limitações são muito distintos nas diferentes formas [de discurso]. A mais livre e a discussão da ciência jurídica. **No processo se dão as maiores limitações**. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos, **a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária, e o dever de veracidade está limitado**. O processo de argumentação está **limitado temporalmente e está regulamentado por meio das regras processuais**. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, quiçá como regra, não se trata de que a sentença seja correta ou justa para as partes, mas sim vantajosa”. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 206.

o retorno ao juízo é um retorno à valorização do discurso judicial e da lógica dialética (que em certa medida nunca abandonou os processos judiciais).³⁶²

O que configura a teoria do caso especial para o discurso jurídico, sua “especialidade” em relação à teoria do discurso geral, está bem marcada nos três elementos seguintes:

- a) as discussões jurídicas se referem a questões práticas;
- b) as discussões sobre questões práticas procuram atingir a escolha “justa”, o que se entende pelo ponto de vista da pretensão de correção;
- c) as discussões jurídicas estão limitadas pelo direito vigente³⁶³. **O Direito é uma ciência normativa.**

No processo judicial as restrições de tempo, a participação forçada das partes, o dever de veracidade (às vezes mitigado, como no processo penal) e a regulamentação por regras de procedimento apresentam uma conformação do discurso diferenciada dos demais discursos jurídicos. Essas particularidades geram uma situação de estratégia no processo,³⁶⁴ que embora não o descaracterize como um discurso, faz dele um caso especial.

Embora limitado no tempo, de participação obrigatória e com particularização e contraposição de opiniões entre os participantes, na medida em que não se classifica

³⁶² Na expressão de Ost: “o direito é processual por natureza – verdade que se confirma ainda mais num contexto político em que “o indecível faz sentido” (incerteza científica e indeterminação política)”. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Intituto Piaget, 2001. p. 422.

³⁶³ ALEXY, **Teoría de la argumentación jurídica**, p. 207.

³⁶⁴ Cf. HABERMAS. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

simplesmente como um discurso não se compreende sem a referência ao “conceito de discurso”.

Por isso, a situação das partes no processo deve ser consideradas no prisma da **obrigação de argumentar corretamente** (pretensão de correção), obedecidas as regras do jogo e visando a que toda a pessoa racional deva estar de acordo com a argumentação ou com a sua conformidade ao procedimento previamente estabelecido.

Não se trata de aceitar valores materiais *a priori* que devem corresponder à decisão para atuar como seu suposto de validade (racionalidade prática material) ou modelos teóricos omnicompressivos dos fatos aos quais se adapta o comportamento dado (racionalidade teórica). As **condições ideais** são, portanto, **garantidas pela pretensão de correção**: a pretensão de agir conforme o direito e a Justiça (racionalidade prática procedimental).³⁶⁵

Afirma-se aqui, portanto, que o próprio **procedimento por si é apto a reconhecer estas condições ideais**. Isto porque, no procedimento atual, o **juiz** fica de uma forma ou de

³⁶⁵ Nesse sentido: “esta especial situação intermédia do processo [situação de ação estratégica das partes no processo, aludida por Habermas] exclui certamente que se possa designá-lo simplesmente como discurso, porém significa, por outro lado, que o **processo não pode ser compreendido teoricamente sem referência ao conceito de discurso**. O último se conecta sobretudo com a **pretensão das partes de argumentar racionalmente**. Assim, por exemplo **no processo civil, as partes não querem geralmente convencer-se umas as outras** - isto já se mostrou anteriormente como impossível - mas **pretendem**, por assim dizer, **que toda a pessoa racional deva estar de acordo com elas**. Pretendem ao menos que seus argumentos são de tal natureza que encontrariam acordo se referidos em condições ideais [a limitação da verdade que atua em favor do réu no processo penal não muda essa realidade, não é ônus seu comprovar sua culpa, portanto pode argumentar pela inocência por falta de provas sem ferir esse raciocínio]. Portanto, **a teoria do discurso não resulta somente adequada, mas também necessária para a compreensão teórica da argumentação**...Com isso resulta claro que **a teoria do discurso racional**, como teoria da argumentação jurídica, **não pressupõem que todas as disputas jurídicas devam ver-se como discursos no sentido de uma comunicação sem coação e sem restrições**, mas sim, somente que **nas disputas jurídicas as discussões tem lugar levando em conta a pretensão de correção** e, por isso, tendo como referência condições ideais”. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 206. Conferir as críticas a racionalidade prática procedimental em CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 127-140; OST, *O tempo do direito*, p. 409-423.

outra **vinculado, de maneira particularmente forte, ao que foi debatido.**³⁶⁶ O juiz tem o dever-poder de decidir conforme o debatido nos autos e de não surpreender as partes.³⁶⁷

Essa pretensão começa a desbordar do campo doutrinário. As recentes reformas legislativas européias, bem como as sugestões de regras transnacionais têm apontado o dever de observar o contraditório, também para o juiz.³⁶⁸ Demonstra-se, assim, uma clara tendência de retorno ao juízo, ao comprometimento do juiz com os debates e com a influencia real exercitada pelas partes na decisão.

2.3.3.2 *Pretensão de Correção*

Nesse âmbito da **teoria do discurso prático do caso especial** a pretensão de correção atua fortemente. Trata-se de uma **regra pensada para solucionar o dilema da relação entre Direito e Moral**. A pretensão de correção significaria, nesse quadro, o comprometimento com a aporia fundamental do Direito: a Justiça. Contudo, é bom salientar de princípio, que a pretensão de correção não se confunde com a moral, a uma porque está vinculada à idéia de Justiça como distribuição e equilíbrio, a duas, porque uma vez que se vincula à idéia de justiça propõe uma proposição performativa, atingir o equilíbrio e a distribuição equitativa. Assim, a sua não realização passa a ser uma deficiência moral, mas sendo uma falha no atingimento da pretensão de correção do Direito, é também uma falha jurídica. Daí a

³⁶⁶ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 213.

³⁶⁷ Confrontar notas sobre o contraditório preventivo e os juízos de terceira via. ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia do contraditório*, op. cit.; MONTESANO. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via” *Rivista di Diritto Processuale*, anno LV, n. 4, p. 929-047, ottobre-dicembre, 2000.

³⁶⁸ Sobre o tema, salienta-se o novo § 139 da ZPO alemã, o art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês e o princípio 22 dos *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cf. CABRAL, *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*, p. 463.

afirmação de que “a pretensão de correção não é de nenhuma maneira idêntica a pretensão de correção moral, porém inclui a pretensão de correção moral.”³⁶⁹

Um ordenamento que não formule a pretensão de correção não pode se considerar um ordenamento jurídico. A pretensão de correção vem pensada em termos classificatórios (somente quanto ao ordenamento) e quantitativos (quanto ao ordenamento e às normas e decisões internas a ele). Em termos quantitativos será possível identificar um déficit entre a formulação da pretensão e a sua não aplicação prática. É **justamente esse déficit que autoriza a revisão das decisões judiciais**, não sua inconformidade com a lei (mero juízo de cassação), mas a **sua inadequação à pretensão de correção** (Justiça).

A pretensão de correção se insere no movimento mais amplo da racionalidade prática procedimental. Não se trata de adotar uma **moralidade objetiva** ou da aceitação de um texto legal como resposta justa, verificado apenas quanto a sua validade e eficácia. Trata-se de buscar, mediante o procedimento discursivo, a solução mais adequada.

Ocorreu, como até aqui exposto, um *gap*, uma solução de continuidade, entre um discurso razoável, fundado na tópica-dialética, e o discurso racional-formal, aproximando-se esse último do método cartesiano (*nova methodus*) das ciências *more geometrico*, adotando como modelo o discurso das ciências naturais ou físicas. **A consequência foi mortal para a compreensão do Direito como problema, renasceu daí: a fissura absoluta entre o direito e a vida** (conseqüentemente, entre o Direito e a Política, o Direito e a Moral).

³⁶⁹ ALEXY, *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*, p. 114-115.

A já citada passagem em que Leibniz demonstra sua convicção de ser o processo moderno a ciência jurídica “por excelência”, porque mais próxima da lógica das matemáticas, traduz o alijamento da ciência processual de qualquer responsabilidade sobre o fundo da questão. Considerava-se, e de certa forma ainda se considera, o processo como uma perfeita ciência instrumental (formal) que apenas auxilia a aplicação de maneira rigorosa e dedutiva dos juízos *a priori* elaborados pela razão pura da norma em abstrato. O direito como “dever ser” não se preocupa com o ser concreto e com isso afasta toda a experiência possível do processo de formação da decisão. A preocupação com a moral, aqui traduzida na fórmula da Justiça da decisão (pretensão de correção), é afastada por um imperativo lógico: a busca da segurança jurídica.

Contudo, pretende-se afirmar a falência desse raciocínio apriorístico, não só porque **o Direito é complexo** na sua aplicação, não permitindo reduções lógicas formais, mas porque, no processo, **a simples afirmação em juízo de um direito o torna incerto**, e a “reposta” depende do procedimento, enquanto **no direito material** as soluções são imaginadas para um mundo idealizado, e, portanto, **a pretensão de correção depende do grau de abstração**. No processo, **a pretensão de correção está no procedimento**, no grau de vinculação ao problema.³⁷⁰

Alexy estende esta metodologia para todo o discurso jurídico, particularizando o discurso judicial em razão de que nos debates judiciais: “A pretensão de correção aqui não é só uma condição de êxito, mas também uma condição do jogo.”³⁷¹

³⁷⁰ CF. ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, *passim*; VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*.

³⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 318.

Haveria duas espécies de decisão possíveis fora deste quadro de pretensão de correção: a **decisão mito-ilógica** e a **decisão *a priori*-mecânica**.

Na primeira, as partes no processo civil, em um quadro hipotético, limitam-se a declarar seus respectivos interesses. Não afirmam ter um direito, apenas pedem ao juiz uma decisão que lhes seja vantajosa. Como Expressou Alexy: “Pretendem, por todos os meios, que o juiz lhes seja favorável, contudo não aspiram a que a decisão solicitada por eles seja correta ou justa.” Nessa descrição da atividade judicial, a decisão que se poderia obter seria uma decisão mito, ilógica, subjetivista meramente decisionista porque não existiu debate judicial efetivo, real, embora tudo tenha se passado sobre a égide do Poder institucionalizado. “Se o juiz toma parte no jogo e pronuncia uma decisão ‘outorgo uma vantagem ao sr. N porque é quem me predispôs mais favoravelmente’, o que se julgaria não seria já um debate judicial, mesmo que tudo tenha lugar no marco institucional de um sistema judicial.”³⁷²

Em contexto diverso a sentença fundada exclusivamente no ordenamento jurídico, desconsiderado o debate, seria uma decisão apriorística, aplicação mecânica da norma:

“Se o juiz deixa certamente de fazer as partes [participarem] (portanto, não tomam parte no jogo), decidindo ao final como se tivesse ao Direito válido como correto, então ele trata as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele.”³⁷³

Excluindo o diálogo, negando o contraditório substancial, o juiz fecha o espaço de debate. Portanto, conclui Alexy, com base nestes singelos exemplos, que para a aplicação da norma o juiz depende do debate, depende da teoria do discurso prático do caso especial, sendo imprescindível a sua efetiva participação em conjunto com a participação das partes. “Isto

³⁷² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**

³⁷³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**, p. 312.

mostra que a argumentação perante o juiz não só pode, como deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso.”³⁷⁴ Também nesse sentido vem toda a doutrina desenvolvida por Alvaro de Oliveira sobre o princípio do contraditório e a máxima da cooperação.³⁷⁵

Por outro lado, junto a essa mudança de racionalidade enfrenta-se uma mudança política, daí a importância dos estudos de Habermas sobre a pós-metafísica (um mundo racionalizado e desencantado, mas concreto) e sobre a teoria do agir comunicativo (ética discursiva) que resultaram na reaproximação entre o Direito e a Moral,³⁷⁶ e conseqüentemente na reaproximação entre Direito e Política.

Inaugura-se, dessarte, um terceiro modelo normativo de democracia que pretende conectar as tarefas jurídicas, morais e políticas e que será analisado no próximo capítulo: a democracia deliberativa-procedimental.³⁷⁷ Esse modelo, como se verá, pretende ser a solução de compromisso entre os modelos normativos de democracia atualmente dominantes e contrapostos: o modelo liberal (caracterizado pelo individualismo autonomista) e o modelo comunitário (caracterizado pela noção de bem *a priori*, baseada no consenso da comunidade).

³⁷⁴ ALEXY, *Teoria de la argumentación jurídica*, p. 318.

³⁷⁵ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, *passim*.

³⁷⁶ Cf. HABERMAS, *Direito e moral*. Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade, 1999,. HABERMAS, *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

³⁷⁷ Nesse sentido: “Tanto é assim que, no debate contemporâneo sobre a democracia, as principais tendências controvertem a respeito deste tema: **para os liberais, a jurisdição constitucional deve priorizar os direitos e a autonomia privada**, enquanto para os **comunitaristas, é a autonomia política e a soberania popular que detêm a primazia**, devendo o tribunal constitucional desenvolver o consenso ético e os valores correlatos materializados na Constituição. Alternativamente a tais correntes, contudo, apresenta-se o modelo deliberativo-procedimental de **Habermas**...mais adequado para corresponder às exigências que **o caráter complexo e pluralista das sociedades contemporâneas impõe à reconfiguração da democracia**, reveladoras de seu necessário entrelaçamento com questões morais, políticas e jurídicas...”Cf. DOBROWOLSKI. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre a soberania popular e os direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição*. p. 4.

3 SEGUNDA MUDANÇA: DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO NA (RE)POLITIZAÇÃO DO DIREITO. O MODELO DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA

“O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, **não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz;** e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, **uma das primeiras forças políticas.** Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. **Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.**” (TOCQUEVILLE).³⁷⁶

3.1 DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO NA (RE)POLITIZAÇÃO DO DIREITO: O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

³⁷⁶ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Da democracia na América.** 4 ed. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p.82.

A epígrafe descreve a contraditória sensação de um europeu (TOCQUEVILLE era francês) ao confrontar a relação entre o Direito e a Política na jovem nação americana. A estranheza denota a riqueza positiva da imbricação entre os dois campos.

Vale referir: sem “julgamentos políticos”, porque todas as decisões eram baseadas na regra do Estado de Direito, na *Rule of Law*, os juízes norte-americanos todos os dias interferiam (e interferem) na vida política dos cidadãos e nas relações entre esses e o Estado. Daí se ressaltar, nas notas que seguem, a potencialidade emancipatória dessa configuração institucional, da revisão judicial dos atos dos demais poderes e do sistema de freios e contrapesos.

3.1.1 O Advento do Estado Democrático de Direito: Dimensão Participativa dos Direitos Fundamentais

O Estado Democrático de Direito, também chamado, agora, Estado Constitucional Democrático, sobressai da evolução histórica do Estado Social que agregou o elemento participativo. Portanto, advém da ultrapassagem do Estado Social e do reconhecimento, pela doutrina e pela norma, da internalização do valor “participação” na formação das decisões estatais.³⁷⁷

³⁷⁷ Interessante refazer essa leitura a partir de Perez Luño. Sob a rubrica: “El estado democrático de derecho: fortuna de una fórmula”, o autor determina o momento histórico que surge o conceito de Estado Democrático de Direito com a necessidade que sentiu um determinado setor da doutrina de intérpretes da Constituição de “**potenciar a virtualidade do princípio democrático** no seio do Estado Social de Direito.” O que se fazia era mais do que simplesmente afirmar a convivência possível do princípio democrático com o Estado Social, se exigia e demandava a participação, ou seja, a integração do social e do democrático em todo o Estado de Direito em uma “*íntima y necesaria conexión*”. Resistindo a uma interpretação conservadora que propugnava a complementariedade e advogava uma “interpretação fragmentária y programática” de tais princípios. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y consituicion**, 6ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 229. No mesmo sentido: “Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas *teorias complexas da democracia*) se conseguirá explicar a relevância de vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas,

O conceito de Estado Democrático de Direito, neste ensaio, implica reconhecer, portanto, a evolução do Estado de Direito com a consolidação³⁷⁸ do constitucionalismo e das conquistas históricas dos direitos humanos. O Estado Democrático de Direito é o Estado³⁷⁹ que consolida as conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira dimensão – liberdades negativas); as conquistas decorrentes do surgimento da questão social, entendidas como conquistas igualitárias, de busca de uma igualdade substancial (diretos fundamentais de segunda dimensão – preocupação promocional do direito e liberdades positivas); e as conquistas da solidariedade e da comunidade, direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e os direitos dos consumidores, que são também as conquistas da sociedade civil organizada (direitos fundamentais de terceira dimensão).

Vai além, reconhece como fundamental o direito à participação do cidadão, superando a dimensão das liberdades políticas dos direitos cívicos clássicos (votar e ser votado - estrutura democrático-representativa),³⁸⁰ de forma a assegurar a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar, *a posteriori*, a decisão tomada nas esferas próprias de competência e que reflita na sua esfera de interesses (considerado como indivíduo ou grupo, os chamados corpos

pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* democráticos”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288.

³⁷⁸ Procura assim superar o choque entre o Estado Liberal, reconhecido como Estado de Direito, e o Estado Social. Para a contraposição consulte-se com proveito GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (org.). **Dicionário de política**, 2 ed. Brasília: Editora UNB, 1986. p. 401-409.

³⁷⁹ Como bem observou Ernst Wolfgang Boeckenfoerde “para nossa geração, reentra agora, no seguro património do conhecimento científico, o fato de que o conceito de ‘Estado’ não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo mundo civilizado.” *apud* SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO; (org.). **Dicionário de política**, 2 ed. Brasília: Editora UNB, 1986. p. 425

³⁸⁰ Sobre a importante faceta representativa do princípio democrático, conferir as observações de HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 245-252.

intermediários da sociedade civil). Trata-se da quarta dimensão dos direitos fundamentais. A dimensão da participação na formulação das decisões políticas em senso amplo.

Como corretamente adverte Bonavides, esses direitos surgem como direitos de resistência. Resistência à globalização hegemônica (negativa e limitada aos mercados) somada ao neoliberalismo (ideologia de fundo dessa globalização perniciosa) que exige e atua em um movimento contrário aos direitos de quarta dimensão. Portanto, esses são também direitos de resistência à globalização hegemônica e à doutrina neoliberal que propugna “uma falsa despolitização da sociedade”.³⁸¹

Como se verá, na democracia participativa ocorre uma espécie de democracia direta, menos intensa que o clássico conceito de Rosseau, mas, mais próxima a realidade hodierna – com a sensível vantagem de recuperar o papel da sociedade civil organizada.

O processo *lato sensu*, entendido como procedimento em contraditório (FAZZALARI),³⁸² representa papel determinante nesta conformação de idéias. Ordena essa participação em duas medidas:

- a) quer na **verificação do interesse e da possibilidade de conhecimento da questão** (admissibilidade – fase *in jure* do direito romano do período clássico);

³⁸¹ A globalização contra-hegemônica, aquela reconhecidamente positiva, do agir local e pensar global, contra-ataca com a imposição dos direitos de quarta dimensão. Direitos de participação política nas decisões (democracia) e ao pluralismo (coexistência de vários locais de decisão, descentralização do poder). Como ficou expresso: “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.571.

³⁸² FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**, 8 ed. Padova: Cedam, 1996; FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’”azione” al “processo” (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIX, n. 4, p. 911-925, ott/dic., 1994; FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano:

b) quer pelo **prévio conhecimento dos atos do procedimento para a decisão**, e particularmente no caso do processo judicial, de **uma adequada distribuição dos poderes, deveres, ônus e faculdades das partes e do juiz na seqüência de atos para a formação do juízo final decisório** (ato final – fase *apud iudicem* do direito romano do período clássico).³⁸³ Em uma palavra na admissibilidade da discussão (subjéctiva e objectiva) e no mérito do tema discutido.

A primeira fase correspondia e corresponde à abertura do processo e a verificação dos pressupostos processuais (*lato sensu*), na qual “decide-se para a pretensão que o autor alega, se existe ou não na ordem jurídica uma *actio*, uma protecção jurídica.”³⁸⁴

Por tais razões, o Estado Democrático de direito deve aprofundar sua relação com o processo, instrumento de sua realização, que só pode atuar no âmbito da “pretensão de correção” (ALEXY)³⁸⁵ se visa a atender às necessidades desse modelo de Estado nas quatro dimensões dos direitos fundamentais que o caracterizam. O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social). Como será referido, **nas sociedades democráticas o essencial é o dissenso. O processo atua, entre**

Giuffrè, s.d., tomo XXXV, p. 819-834.; FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1996, tomo XIII, p. 1067-1076.

³⁸³ Sobre o processo romano no período clássico: *legis actiones* e *per formulas* (formulário). Cf. KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 430 e ss. Sobre a distribuição dos poderes, deveres, ônus e faculdades das partes e do juiz no processo civil contemporâneo cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **AJURIS**, ano XXX, n. 90, p. 55-84, ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil, passim**.

outros tantos meios possíveis, como espaço vocacionado para solução e composição desse dissenso, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social.

Surgida uma tensão, que demande resposta, o procedimento em contraditório possibilita a individuação do problema, a definição de seus limites e a identificação das razões dos opositores, podendo resultar em uma composição (consenso), uma solução de compromisso (espécie de consenso qualificado) ou na afirmação, pelo direito, da solução conforme à Justiça, observando-se o debatido nos autos (pretensão do direito de dar a cada um o que é seu - *suum cuique tribuere*).³⁸⁶

Assim, nas sociedades democráticas, a imposição da solução das tensões sociais não decorre do interesse ou da vontade pessoal de um indivíduo (Estado Liberal) ou de grupos de indivíduos (Estado Social – no qual a maioria define o conceito de “bem”), mas do Direito, entendido como Justiça (pretensão de correção).

3.1.2 O Dogma da Separação de Poderes

A criação e difusão da doutrina da separação de poderes na era moderna revela-se uma reação ao absolutismo. Por força do excessivo centralismo do poder, unificado na figura do soberano, foi necessária a virada do modelo unificado de poder para um modelo em que,

³⁸⁴ KASER, **Direito privado romano**. p. 430. E ainda, “O pretor não averigua se o exposto pelo autor corresponde à verdade, aceita-o provisoriamente como verdadeiro e decide se aos factos expostos por ele cabe um direito que se possa fazer valer em processo civil.” (Id., p. 431).

³⁸⁵ ALEXY; BULYGIN, **La pretensión de corrección del derecho**, *passim*.

³⁸⁶ Para esse “fim” específico do direito cf. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

separadores os poderes, fosse possível a aplicação da máxima: poder freia poder. Toda a construção está voltada para a garantia da liberdade política.

Existem alguns precursores da doutrina da separação de poderes na antiguidade, Idade Média, e nos tempos modernos. Aristóteles, Marsílio de Pádua, a Escola do Direito Natural e das Gentes (Grotius, Wolf, Puffendorf), Bodin, Swift, Bolingbroke e Locke, já havia trabalhado estes temas, ensaindo com particularidades uma divisão dos poderes estatais. Em particular, Bonavides afirma que Locke foi ainda mais fiel à Constituição inglesa que Montesquieu, visto ter colocado ao lado dos poderes a prerrogativa: poder estatal conferido ao príncipe que tinha a atribuição de promover o bem comum onde a lei fosse obscura ou lacunosa.³⁸⁷

A teoria vitoriosa e mais difundida foi a de Montesquieu. No “Espírito das Leis” (1748) Montesquieu defende a divisão do poder uno em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. O modelo proposto é expressamente decorrente da Constituição Inglesa. Para Montesquieu, único Estado que havia vencido a luta pelo abuso do poder absolutista. Na precisa síntese de Bonavides:

“Distingue Montesquieu em cada Estado três sortes de poderes: o poder legislativo, o poder executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, segundo sua terminologia) e o poder judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil).” Nota-se, à evidência, que já aqui se revela a excessiva vinculação da tese de Montesquieu aos objetivos de limitar o Poder Judiciário as atividades civis. São suas funções clássicas: “Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos

³⁸⁷ “Prerogative is nothing but the power of doing public good without a rule.” Locke, The second treatise of government, cap. XIV, p. 160 *apud* BONAVIDES, *Ciência política*, p. 137.

são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne invasões. O terceiro poder – o judiciário – dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir crimes ou julgar os dissídios de ordem civil.”³⁸⁸

Kant, em reação ao excesso de empirismo do modelo de Montesquieu, sugere uma teoria das “dignidades políticas”. Um silogismo da ordem estatal em que o legislativo representa a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão. Cada poder seria uma dignidade: *potestas legislativa*, *potestas rectoria*, *potestas iudiciaria*.³⁸⁹

A independência, autonomia e harmonia entre os poderes é requisito essencial para a boa atuação de suas funções. Como o poder freia poder, a idéia é que este equilíbrio se concretize pelo método dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Trata-se da clássica distinção entre a faculdade de instituir e a faculdade de impedir (MONTESQUIEU). Nesse sentido: “Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento...são eles compelidos a atuar “em concerto”, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII.”³⁹⁰ Este arranjo estrutural da vida dos poderes irá diferir de Estado para Estado. O certo é que onde existe uma divisão das funções executiva, legislativa e judiciária nenhum destes poderes atua isoladamente e em função pura. Sempre haverá uma parcela de atividade atípica e um espaço de ingerência (controle) sobre os demais poderes.

³⁸⁸ BONAVIDES, **Ciência política**, p. 137-138. Duas observações são importantes dentro da regra da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa: a) a sugestão de separar o legislativo em duas câmaras para evitar o arbítrio do legislador; b) a vedação ao juiz legislador. Ibid.

³⁸⁹ Sobre o tema confrontar as agudas críticas de MATEUCCI, **Constitucionalismo**, p.249-250.

³⁹⁰ BONAVIDES, **Ciência política**, p. 140.

No Brasil a independência e autonomia dos poderes se caracteriza, por exemplo, nas funções atípicas que exercem e nas garantias que são atribuídas aos órgãos de exercício dos poderes.

Assim, o Legislativo atua como Executivo quando a Câmara de Deputados e o Senado Federal dispõe sobre a sua organização, funcionamento e polícia internas (arts. 51, IV e 52, XIII). Atua como Judiciário quando “julga”, em processo judiciariformes, as questões referentes as CPI’s (“poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais”, art. 58, § 3º.) e os crimes de responsabilidade das autoridades máximas do Executivo e do Judiciário (por ex., no processo de *impeachment* do Presidente da República, cf. arts. 52, I e II, 85 e 86).

O Executivo, a sua volta, pratica atos atípicos quando exerce funções legislativas ao determinar os regulamentos, editar medidas provisórias, leis delegadas e exercer iniciativa em projetos de lei (por ex., projeto de lei orçamentária, cf. arts. 84, III, XXVI, XXIII, 62 e 68). Por outro ângulo, substitui atos naturais do Judiciário no exercício das funções judiciárias quando concede indulto ou cumuta penas (art. 84, XII).

Por último, o Poder Judiciário exercerá funções do legislativo quando determinar o regimento interno dos tribunais ou exercer iniciativa dos projetos de lei de organização judiciária (arts. 96, I, *a* e II, *d*, bem como a iniciativa do STF para a LOMAN, art. 93, *caput*). Atuará como executivo na ordenação interna de seus servidores, bem como, no provimento dos cargos públicos, por concurso, e cargos de confiança, de acordo com a legislação (art. 96, I, *e*).

Outro aspecto do nosso ordenamento constitucional diz respeito à harmonia entre os poderes. Esta harmonia será garantida pelo sistema de limitações e controles recíprocos no exercício das funções típicas de cada poder. A título de exemplo pode-se apontar algumas das normas constitucionais que estabelecem estes sistemas.

O Legislativo (Congresso Nacional), por expressa atribuição constitucional, controla os demais poderes através da fiscalização externa de suas contas. Exerce assim, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tudo com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71). O controle é exercido sobre os órgãos da administração direta e indireta, o Judiciário também está sujeito a esta atividade fiscalizatória externa.

O Executivo controla o Poder Legislativo através do poder de veto, nos casos em que há submissão da norma à sanção, por inconstitucionalidade ou em favor do interesse público (arts. 48, *caput*, 66, §§, 84, IV e V). Controla o Poder Judiciário em razão da possibilidade de nomear magistrados (art. 84, XV) e os Ministros do STF e Tribunais Superiores, após a aprovação pelo Senado Federal (art. 84, XIV).

O Poder Judiciário controla os demais poderes, e a si próprio, através da conformação dos atos de poder aos ditames da Constituição, no exercício do controle de constitucionalidade. Esse controle pode se dar de forma vinculante para os órgão da administração e do próprio judiciário, quando decorrer de julgamento ou edição de súmula vinculante pelo STF, ou de forma negativa, decretando a inconstitucionalidade da norma editada pelo Poder Legislativo.

Contudo, não faz nenhum sentido, não há mais lugar, para uma separação rígida e estanque dos poderes. Esta “novidade” é a consequência direta da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático Constitucional. O povo fez-se o único poder e o Estado contraiu obrigações sociais, submetendo todas as suas funções ou poderes ao império e soberania da Constituição. Tal é a dicção expressa do parágrafo único do art. 1º. de nossa Constituição vigente: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A doutrina da separação rígida tornou-se assim um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. O poder estatal, residente na soberania popular e na Constituição, é uno e indivisível, por essência e natureza. Daí sobressai um dos aspectos mais profundos da teoria da unidade narrativa da Constituição. A Constituição vale tanto para o legislador, quanto para o cidadão e os grupos que compõem a sociedade. Obriga o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e a maioria popular, que não pode, sem um processo traumático de revolução, alterar-lhe o núcleo intangível das cláusulas pétreas.

Resta assim expungida a doutrina da separação rígida que muito tempo medrou como: “arma dos conservadores, [e]teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social”.³⁹¹ Ainda, vale ressaltar, que hoje surgem na doutrina, indicações de novas instâncias de poder, a exemplo do Ministério Público e das Agências Reguladoras.³⁹² Serve o Judiciário de espaço qualificado para a revisão dos atos de poder contrários aos ditames da Constituição.

³⁹¹ BONAVIDES, *Ciência política*, p. 147.

³⁹² Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, vol 113, jan. 2000; SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

Por último, para fiscalizar o Judiciário e o Ministério Público, no controle da atuação administrativa e financeira dessas instituições e no cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e membros do MP, a Constituição emendada prevê o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (arts. 103-B, § 4º. e 130-A, §2º). Nesse sentido a participação popular, consubstanciando o fechamento do círculo, está assegurada pela possibilidade de “reclamação por qualquer interessado” (arts. 103-B e 130-A da CF/88, redação da EC 45/04).

3.1.3 Separação de Poderes e *Judicial Review*

Um outro tema precisa ser apontado; trata-se da propalada possibilidade de ingerência do Judiciário em matérias políticas (sic.). Quando se estuda a Jurisdição como Poder institucionalizado, o primeiro óbice que enfrenta o pesquisador é o rigor sistemático que a divisão de Montesquieu (originalmente pensada com base na monarquia inglesa) adquiriu na França.³⁹³ Não se comunicariam, nem poderiam ter ingerência um sobre o outro, nenhum dos poderes instituídos, devendo permanecer estanques, autônomos e harmônicos.

O estudo que se irá propor nas linhas seguintes tem a pretensão de questionar este dogma, reforçando a *judicial review* – o poder de revisão dos atos de Poder pelo Poder Judiciário. Não se pode obliterar que apenas recentemente, no Brasil só em 1891,³⁹⁴ o Poder

³⁹³ A essa importante constatação nos leva à diferença profunda em relação ao poder do Poder Judiciário nos países de orientação constitucional francesa e norte-americana; como sabemos a dualidade do direito contencioso na tradição romano-germânica se origina dessa cisão, justamente na ascensão da burguesia francesa como forma de neutralizar os “juízes do Rei”, agora “juízes da Lei”.

³⁹⁴ Ver, por todos, BARBALHO João. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Brasília: Senado Federal, 2002 (ed. fac-símile); NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência – República**. Porto Alegre: Sulina, 1973. t.II; Importante, ainda, a leitura literal da exposição de motivos do Decreto 848 de 1890, na qual o Min. Campos Sales afirma que o Poder Judiciário: “de Poder subordinado, qual era, transforma-se em Poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, afim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão”. Transcrito de: BARBALHO. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Brasília: Senado Federal, p. 222. ed. fac-similar do original do início do século.

Judiciário veio a ser reconhecido constitucionalmente, como um poder soberano, nas estruturas estatais.³⁹⁵

Esta abertura implica em atribuir uma parcela maior do espaço para o exercício democrático no quadrante do Poder Judiciário e trabalhar fortemente sua legitimação para tanto. A defesa de tese central está em uma leitura literal da Constituição da República Federativa do Brasil: se todos os Poderes são democráticos - emanam do povo -, e apenas os Poderes Legislativo e Executivo são exercidos mediante representantes eleitos, a democracia por meio do Poder Judiciário tem, em razão de sua especial configuração e da necessidade de provocação popular (princípio da inércia), forte característica de democracia direta,³⁹⁶ da qual é espécie a democracia participativa.³⁹⁷ Essa tese vem defendida modernamente, entre outros, pelo constitucionalista Bonavides.³⁹⁸

Neste sentido reforça-se o “escopo democrático participativo da jurisdição”,³⁹⁹ pretendendo realçar que a jurisdição, como função do Poder Judiciário, atua, não só no escopo jurídico, mas também no político, do qual se destaca o escopo político democrático de participação no poder. O direito processual apresenta atualmente uma tensão entre:

³⁹⁵ Para a importância dessa constatação, com todo o peso político que ela representa, verificar: SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manoel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fev., 1996.

³⁹⁶ A combinação do parágrafo único, do artigo 1º, com o artigo 2º, da atual Constituição da República autorizam esta interpretação ampliada da participação do cidadão e dos corpos sociais (entidades de classe, sindicatos, associações, etc. – esfera organizada da sociedade civil), como se verá.

³⁹⁷ Veja-se os artigos em sua literalidade: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário...” Art. 1º...Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁹⁸ Cf. BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**.

³⁹⁹ Cf. DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**.

a) a tradicional separação plano processual/plano material do Direito, na qual o processo serve apenas como instrumento de realização do direito objetivo material do Estado (paradigma legalista);⁴⁰⁰

b) e a absorção de seu compromisso para com a realização dos direitos,⁴⁰¹ notadamente dos direitos fundamentais, um compromisso que é do processo, do Poder Judiciário, do Estado e do ordenamento constitucional como um todo.

Provoca, essa tensão, uma fissura no modelo tradicional (liberal, positivista e sistematicamente fechado) de processo. Neste estudo se propõe o advento de uma lógica indutiva e tópica que pretende expurgar o mito da verdade científica e trabalhar fora de rígidos padrões estabelecidos *a priori*. Assim, admitindo-se os direitos fundamentais como direitos políticos não há como negar o papel criativo da participação democrática, quer onde esteja ela institucionalizada, quer onde seja ela efetiva. Para tanto, também o Poder Judiciário atua, no papel de instituição, com potencialidades democráticas.

Precisa-se, assim, demonstrar qual a metodologia de pensamento do jurista que deverá ser aplicada frente ao potencial democrático que se apresenta. Aqui vem o problema dos modelos: o texto pretende marcar a passagem do modelo de regras (modelo regulativo), para o modelo de normas (modelo normativo) e frisar a característica principiológica deste novo modelo, argumentando uma ótica procedimental do discurso e partindo da técnica da ponderação (modelo emancipador). Este movimento resulta da atual crise paradigmática em

⁴⁰⁰ Cf. HESPANHA,). Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA Antônio Manuel.(org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 5-58. Conforme o fragmento conhecido do art. 126 do CPC: “No julgamento da lide **cabem-lhe-á aplicar as normas legais.**”

que se encontra a ciência, a sociedade e, em especial, o Direito, resgatando a preocupação com a tensão entre a regulação e a emancipação que estiveram na base do desenvolvimento do Direito mas que foram sendo substituídas pela crença absoluta na racionalidade abstrata e omnicompreensiva da realidade, um resgate do humanismo, da complexidade e do valor da experiência para a ciência jurídica.⁴⁰²

3.1.4 Os Poderes do Juiz: Modelo Liberal, Modelo Social e Modelo Participativo (ou Simétrico)

Em escrito recente, e nesta ótica, Alvaro de Oliveira colocou a questão da divisão de poderes do juiz em perspectiva. Ressaltou duas concepções mais importantes, porque contrapostas e arraigadas na mente do jurista, ambas consoantes ao modelo de regras. A **liberal**, na qual o processo representava a formulação privatista, *Sachen des partes* (coisa das partes), atribuindo-se os poderes de início, conformação interna e fim do processo ao seu comando, bem como a instrução probatória (exemplo desse modelo era o rígido *adversary system* do *common law*);⁴⁰³ e a **socialista**, no extremo oposto, decorrente da absorção de todo o Direito (também do civil e do processual civil) pelo direito público (mais notadamente nos

⁴⁰¹ Como parece indicar a “Cláusula Aberta do Controle Judicial”: “A lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Art. 5º, XXXV da CF/88).

⁴⁰² SANTOS, A *crítica da razão indolente*, (especialmente, p. 129-164).

⁴⁰³ Nesse sentido: “A **concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo**, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto significativamente restringidos. Sintomaticamente, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação em litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia! **Como em outros campos, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a idéia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para a mais rápida investigação da situação jurídica.**” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 90-91.

países do leste europeu, e que teve um influxo mitigado, mas existente, na publicização do direito nos países ocidentais), na qual se buscava atingir o máximo de verdade, a “verdade real”, instrumentalizando o juiz com os plenos poderes de direção e coordenação do processo, com a conseqüente angularização e verticalização da relação processual.

Tratava-se do primado do público sobre o privado como regra, o que contraditoriamente, em alguns países, limitava o juiz à lei escrita (embora com mais iniciativa, o juiz não era nada mais que um burocrata), o juiz servidor da vontade soberana do povo reunido em parlamento (ou do déspota, nos Estados e casos em que a lei fosse elaborada pelo soberano), cego à “pretensão de correção”.⁴⁰⁴

Uma terceira concepção, nascente e alternativa ao choque frontal antes exposto, é a que busca atender à realidade contemporânea, o pós-socialismo e a crise de instabilidade dos valores modernos, com o advento do neoliberalismo e da globalização (hipermodernidade),⁴⁰⁵ e percebe claramente a insuficiência do processo para gerar sempre a “verdade material” e a falência do Estado faz-tudo (paternalista) como modelo de sociedade justa.

A ciência processual opta, assim, por buscar elementos que possibilitem a resolução das questões de forma a eliminar o processo rapidamente, “de maneira simples e barata” (o

⁴⁰⁴ Como sobressai da lição: “No extremo oposto, coloca-se a instituição de um processo civil para as relações de direito privado com **plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do princípio da oficialidade em prol de ampla investigação da verdade ‘real e objetiva’**, como aconteceu nos países do mundo socialista, o que acarretaria a quase total absorção do direito civil pelo direito público. Realmente, a radicalização nessa matéria pode implicar **exagerada ‘publicização’ do processo**, levando até à absorção da justiça na administração como chegou a ser sugerido no plano doutrinário na Alemanha nazista, com ilimitada atribuição de poderes ao juiz na investigação probatória e conseqüente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais. Lembre-se, outrossim, a reforma prussiana, sob a inspiração de Frederico II, o Grande, a determinar ampla investigação oficiosa dos fatos pelo juiz em qualquer tipo de processo. Aliás, de modo contraditório e surpreendente, embora em postura mais consoante com o autoritarismo prussiano, fosse retirada ao magistrado qualquer liberdade para a apreciação da prova colhida.” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p.91-92.

⁴⁰⁵ Aceleração abrupta dos pilares da modernidade: indivíduo, mercado e tecnologia, a partir da década de 60. Cf. LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo:Barcarolla, 2004.

processo representa um transtorno social, Klein, “*Social Übel*”, mal social),⁴⁰⁶ mas com justiça.

Essa compreensão vê no processo um instituto de bem-estar social e portanto está preocupada também com a Justiça substancial. Decorre daí que na medida em que **aumenta o papel do ativismo judicial**, confiando ao juiz a direção substancial e não apenas formal do processo,⁴⁰⁷ também deve ocorrer a procura por freios e limites a sua atuação, não podendo, **em nenhuma hipótese a mudança de modelo “implicar a renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento”**, deixando o juiz livre para o arbítrio.⁴⁰⁸

Devemos emancipar o juízo e o direito, quebrando regras fixistas (o advento das cláusulas gerais já denota essa tendência), mas **garantindo normas para a previsibilidade da atuação do dever-poder de prestar a jurisdição (juiz) e de participação (partes) na**

⁴⁰⁶ Sobre a reforma de Klein observa Alvaro de Oliveira: “Confessadamente, a preocupação de Klein centrava-se na idéia de **criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos** (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) **viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário**. Daí o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de se impor a este não apenas a faculdade mas o **dever de advertir os litigantes das irregularidades e lacunas** de seus pedidos e alegações, no exercício de uma verdadeira função supletiva e auxiliar. **O juiz ultrapassa**, assim, a posição de **mero árbitro fiscalizador da observância das ‘regras do jogo’**, para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso, Klein reputa o processo civil uma *Wohlfahrtsenrichtung*, ou seja, **um instituto destinado a promover o bem estar coletivo**, considerando-o principalmente como fenômeno social de massa. Seria um erro, pondera Klein, pensar que a inatividade do juiz e a atividade exclusiva das partes constituiriam no processo a última conclusão de toda a sapiência humana.” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 93. A influência de Klein, no dizer de Alvaro de Oliveira, atinge diversos países europeus e influencia o nosso CPC, bem como o Código de Processo Civil Modelo para a Iberoamérica, “nos quais se acentua o papel social do processo e a clara tendência de intensificação dos poderes do órgão judicial” Id., Para uma crítica do processo social e sua necessária adaptação com os modelos garantistas de direito, cf. VERDE, Giovanni. Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIX, n. 2, p. 553-582, aprile-giugno, 2004; TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. esp. p. 513 e ss.

⁴⁰⁷ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 92.

⁴⁰⁸ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 93. A observação, de extrema importância, demanda aqui o complemento de que mesmo nos países de *common law* o direito processual sempre foi dos principais ramos normatizados, e paulatinamente vem se tornando um direito mais codificado, escrito e legislado. Cf. **Principles and rules of transnational civil procedure- proposed final draft**. Philadelphia/Rome: ALI/UNIDROIT, 2004. (Relatores Geoffrey, Hazard Jr., Taruffo, Stürmer, Gidi). BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o código de processo civil inglês. **Revista de Processo**, n 99, p. 74-83, julho/setembro, 2000. Para o autor trata-se de uma sistematização e uniformização importante, reconhecida na Inglaterra como a “maior transformação legislativa” em séculos no campo do processo civil (Id., p. 74). BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. **Revista de Processo**, n 112, p. 177-185, outubro/dezembro, 2003. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**, n 118, p. 75-88, novembro/dezembro, 2004. ALMEIDA FILHO. O pedido no sistema da *common law* e o princípio da adstrição. **Revista de Processo**, n 118, p.89-108, novembro/dezembro, 2004. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. **Revista de Processo**, n 110, p. 115-140, fevereiro, 2003. (Tradução José Carlos Barbosa

formação da decisão.⁴⁰⁹ Essa é a legitimidade institucional que fica para além da mera validade formal das regras na democracia contemporânea.

Salientam-se, portanto, três momentos fundamentais na evolução do tema: o modelo liberal, o modelo social, e o modelo participativo ou simétrico (processo cooperativo), no qual o juiz exerce o dever-poder ao lado das partes e em colaboração. Esse estudo pretende fazer uma identificação desses momentos com os modelos normativos de democracia propostos por Habermas,⁴¹⁰ já que o papel do juiz é fundamental no Estado Democrático de Direito e seu desempenho no processo descreve a opção democrática efetuada pelo Estado. O primeiro momento foi identificado com o **paradigma liberal** (ou individual), o segundo momento, com o **paradigma comunitarista** (ou social) e o terceiro momento, que correspondente ao retorno ao juízo e à racionalidade problemática do Direito, no que vem a ser denominado **paradigma deliberativo-procedimental** ou democrático em senso estrito (com apoio em Habermas aplicando, contudo, o método da racionalidade prática procedimental de Alexy⁴¹¹ com alguns apontamentos e críticas fundadas em Ost⁴¹² e Neves⁴¹³).

Com isso pretende-se salientar, como fazem Santos e Avritzer, que foi Habermas “o autor que abriu espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática

Moreira). TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, n 110, p. 141-158, fevereiro, 2003. (Tradução José Carlos Barbosa Moreira).

⁴⁰⁹ Sobre a obrigação de cooperação entre partes e juiz e sua ligação direta com a redemocratização, na expressão de Mirjan Damaska: modelo cooperativo de administração da justiça, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**; ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.; ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia do contraditório; DAMASKA Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. CABRAL, Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, p. 449-463. Para um exemplo mais acabado da vedação dos “juízos de terceira via” cf. MONTESANO. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LV, n. 4, p. 929-047, otto-dic., 2000.

⁴¹⁰ HABERMAS, **Três modelos normativos de democracia**.

⁴¹¹ ALEXY, **Teoria de la argumentación jurídica**.

⁴¹² Reforçando a existência de um núcleo rígido dos direitos fundamentais. Núcleo definível através da tradição – promessas fundadoras - e do projeto de futuro – um ideal de direito justo – referente a uma determinada sociedade. Cf. OST. **O tempo do direito**. p. 409-423 (A ambigüidade do tempo processual).

⁴¹³ Crítica fundada principalmente na noção de universalidade do Direito e na perspectiva histórica da juridicidade. Cf. CASTANHEIRA NEVES, **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. p. 127-140.

social e não como método de constituição de governos.”⁴¹⁴ Espera-se, com essas considerações, já esclarecer a preferência pelo terceiro modelo, na tentativa de aprofundar a matriz teórica do direito processual que permita a valorização do contraditório para o reforço da democracia participativa e do processo justo,⁴¹⁵ na percepção de que o Estado Democrático de Direito exige “demodiversidade”⁴¹⁶ e que o processo judicializado pode significar um especial espaço para a democratização do Direito com o exercício de uma cidadania ampliada, também processual.⁴¹⁷

3.2 A DEMOCRACIA CONSTRUÍDA E A DEMOCRACIA EM CONSTRUÇÃO: DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRATIZAÇÃO DA SOCIEDADE (DEMODIVERSIDADE)

“A atitude do bom democrata é a de não se iludir com o melhor e de não se resignar com o pior.” (BOBBIO)⁴¹⁸

A democracia não nasce pronta, não é um dado posto, é fenômeno em construção. Ela exige participação, organização e ação política.⁴¹⁹

⁴¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 52.

⁴¹⁵ Nesse sentido os escritos de Alvaro de Oliveira: “As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de **uma democracia mais participativa**, com um conseqüente **exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual**. Além de tudo, revela-se inegável a importância do **contraditório para o processo justo**, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação.” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 96.

⁴¹⁶ SANTOS, AVRITZER.. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In. SANTOS. (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p. 41.

⁴¹⁷ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, p. 96.

⁴¹⁸ BOBBIO, Democracia representativa e democracia direta. In: **O futuro da democracia**. p. 76.

⁴¹⁹ ZANETI. Apresentação. In: **Democracia: a grande revolução**. ZANETI, Hermes (org.). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p. 9-10.

Esta afirmação solta parece óbvia. Contudo, retornando à história recente do Brasil, vemos que a construção democrática não tem sido linear, não tem sido óbvia e não é, ainda, segura. A tradição dos povos da América Latina de golpes militares e totalitarismo paira como agouro constante sobre as instituições democráticas brasileiras,⁴²⁰ é imperativo reforçar o “princípio democrático”, entendido não só como garantia do governo representativo, mas, também e principalmente, como vivência da democracia em uma sociedade plural, com várias instâncias de decisão e compartilhamento do poder,⁴²¹ a exemplo do modelo coordenado de administração da Justiça proposto por Damaska,⁴²² para impedir que o contrário da democracia, que não é nem a monarquia, nem a aristocracia, mas sim o totalitarismo,⁴²³ ressurgisse nessas paragens.

Importante, neste contexto, é frisar que a própria democracia moderna e representativa tem pouco mais de duzentos anos.⁴²⁴ Tempo histórico ínfimo sofreu marchas e contramarchas

⁴²⁰ Imaginando-se um quadro negro de instabilidade econômica mundial, em uma economia hegemônica e globalizada, não é impossível que o texto de Eduardo Galeano volte a chamar atenção ao fato de na América Latina em tempos difíceis “a democracia transforma-se em crime contra a segurança nacional, ou melhor, contra a segurança dos privilégios internos e os investimentos estrangeiros.” Essa essência de consistência democrática que ocorreu no passado recente não está totalmente descartada, vivemos, ainda, e em certa medida, em uma democracia formal dentro dos limites e controlada pelo poder: “**Nos países democráticos não é revelado o caráter de violência que a economia tem; nos países autoritários acontece o mesmo com o caráter econômico da violência**” Brecht, citado por Galeano. Cf. GALEANO, Eduardo. **Veias abertas da América Latina**. 13ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p. 295. A tese principal do livro deve ser lembrada: “**O subdesenvolvimento não é uma etapa do desenvolvimento. É sua consequência.**” Id., p.307.

⁴²¹ O princípio democrático radica na assunção da cidadania pelo povo, na expressão de que “todo o poder emana do povo e por ele será exercido” (art. 1º da CF/88). Isso implica que, no aspecto material tenhamos uma democracia de liberdade, e no aspecto organizacional, tenhamos uma democracia constitucional, prevista na Constituição, como um “governo da maioria obrigado ao respeito da liberdade como valor supremo e limitado [em seu poder] pela Constituição”. Cf. MAIHOFER, Werner *Princípios de uma democracia em liberdad*. In: BENDA, Ernest et alii., **Manual de derecho constitucional**. Traducción: Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 217-323. Sobre o tema cf.: HESSE, Konrad **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 113 e ss.; SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. esp p. 96 –145.

⁴²² DAMASKA, **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**.

⁴²³ Sobre totalitarismo: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁴²⁴ Conforme Olivier e Robert: “Só conhecemos a democracia no Ocidente moderno há dois séculos. A democracia ateniense durou mais ou menos o mesmo tempo entre os antigos. Duas vezes dois séculos em 2.600 anos de história – a perspectiva é assombrosa.” Estabelecem um interessante quadro de divisões geográficas: apenas 80 dos 191 Estados conhecidos tem eleições livres e respeitam um mínimo de direitos cívicos; apenas um quinto da população mundial habita países que podem ser considerados democráticos. Em lembrança ao humor negro de alguns politólogos anotam que o critério para se saber em uma democracia é simples “duas eleições seguidas sem fraude”. Como critérios mínimos do Estado Democrático apontam: 1) a livre eleição dos governantes pelo povo; 2) o respeito aos direitos humanos pelos governantes (sic.). DARNTON,

no seu curso e ainda não se implantou nem formal, e muito menos, substancialmente em todos os Estados.

A palavra “democracia” utilizada com a acepção de “governo do povo” e como apanágio de uma sociedade evoluída politicamente tem, portanto, significado vago, muitas vezes impreciso e outras tantas fictício (de que é exemplo o centralismo democrático, no qual o chefe decide o que democraticamente, *sic.*, será seguido pelos asseclas). Necessitamos, assim, de algumas precisões nos conceitos para poder seguir adiante, mas, mesmo que a polissemia possa causar uma certa insegurança, vale lembrar a clássica expressão de Churchill: “A democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas”.

3.2.1 Preciões Temporais Sobre o Conceito de Democracia

3.2.1.1 A Democracia dos Antigos e a Democracia dos Modernos

A democracia dos antigos era eminentemente direta. Como frisou Constant em conhecidíssimo escrito: ela era exercida pelo cidadão da *polis* em assembléia e dependia de uma grande unicidade do corpo social e do enorme desprendimento dos interesses individuais

que caracterizavam a cultura ateniense.⁴²⁵ Essa característica ressalta no célebre discurso de Péricles:

“Ver-se-á em uma mesma pessoa, ao mesmo tempo, o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento em assuntos políticos, pois **olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil...**”⁴²⁶

Daí a crítica desse regime para os modernos: “Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados” (Constant).⁴²⁷ No ensaio referido, fundado na crença nascente da liberdade do comércio como apanágio da liberdade e garantia da evolução do homem (o que depois Santos irá subdividir em princípio mercantil e identificar em Locke, como um dos três princípios que sustentam a modernidade, os outros dois, a saber: o princípio do Estado em Hobbes, e o princípio da comunidade em Rosseau)⁴²⁸ Constant afirma que a liberdade dos antigos não é mais suficiente frente à complexidade atual dos Estados e da sociedade moderna, apesar de ser importante e desejável, precisava ser complementada pela liberdade dos modernos: a garantia dos direitos individuais frente ao arbítrio do Estado.⁴²⁹

⁴²⁵ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política**, n. 2, p. 9-25, 1985.

⁴²⁶ O discurso de Péricles, proferido em homenagem a um dos mortos no primeiro ano da Guerra do Peloponeso (Atenas versus Esparta, entre 431 a. C e 458 a. C), foi transcrito pelo historiador grego Tucídides.

⁴²⁷ CONSTANT, **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 11.

⁴²⁸ SANTOS, **A crítica da razão indolente**, p 132.

⁴²⁹ Como os antigos tinham participação direta nos assuntos públicos sua participação na soberania era concreta: “A vontade de cada um tinha influência real.” Esta influência gerava um forte sentimento social de compensação pela perda do individualismo. A crítica vem justamente neste sentido: “Essa compensação já não existe para nós. Perdido na multidão, o indivíduo quase nunca percebe a influência que exerce. Sua vontade não marca o conjunto; nada prova, a seus olhos, sua cooperação. O exercício dos direitos políticos somente nos proporciona pequena parte das satisfações que os antigos nele encontravam e, ao mesmo tempo, os progressos da civilização, a tendência comercial da época, a comunicação entre os povos multiplicaram e variaram ao infinito as formas de felicidade particular. Conclui-se que devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos.” Cf. CONSTANT, **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p.15.

A democracia liberal que se formou acabou, por consequência, com a monarquia absoluta e teve importante papel na afirmação dos direitos individuais que gradativamente foram sendo alargados para direitos políticos (direitos de cidadania – capacidade de votar e ser votado). Assim e de tal modo, formaram-se as democracias ocidentais modernas fundadas na separação dos poderes e na representação democrática, somadas à garantia dos direitos individuais, contra o arbítrio estatal.⁴³⁰

3.2.1.2 A Democracia na Sociedade Contemporânea

A questão é saber se nas atuais sociedades, em particular na sociedade brasileira, este sistema democrático tem atendido bem a todas as expectativas políticas do povo, afinal, soberano.⁴³¹ Na verdade crê-se que não, a democracia representativa, assim como o modelo de ciência e o Direito formados pela sociedade industrial e capitalista, estão em crise. A dependência excessiva da ciência chegou ao extremo e rompeu-se a confiança absoluta que o cidadão esclarecido depositava no conhecimento científico, desde o início do século XX.⁴³²

⁴³⁰ Conforme o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 16. Toda sociedade em que não estiver assegurada a **garantia dos direitos**, nem determinada a **separação de poderes**, não tem Constituição.” (1789).

⁴³¹ A questão da soberania popular, já proclama no célebre discurso Gettysburg de Lincoln (1808-1865), “governo do povo, pelo povo e para o povo”, é intrincado problema que se revela questão prejudicial para este estudo, por hora, assumiu-se a orientação expressa de reconhecê-la como garantia constitucional no Estado brasileiro.

⁴³² “Nenhum período da história foi mais penetrado pelas ciências naturais nem mais dependente delas do que o século XX.” (HOBBSAWM. **Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 504). “O fato de que o século XX dependeu da ciência dificilmente precisa de prova. A ciência ‘avançada’, quer dizer, aquele conhecimento que não pode nem ser adquirido pela experiência diária, nem praticado ou mesmo compreendido sem muitos anos de escola, culminando numa formação de pós-graduação esotérica [sic.], tinha apenas uma gama relativamente estreita de aplicações práticas até o fim do século XIX.” (p.506). Contudo, após um período de tranquilidade para os cientistas que começavam a fazer descobertas revolucionárias e com aplicações práticas sem a interferência da sociedade começa em 1970 o movimento ecológico levantando preocupações sobre a ética das ciências naturais, limitações práticas e morais das ciências naturais, essas preocupações geraram movimentos na política e na polícia, mas também nos próprios meios acadêmicos. “Jamais, desde o fim da hegemonia teológica, tais questões haviam sido levadas a sério.” (p. 532). Cf. HOBBSAWM. **Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991**.

Bobbio já acentuava esta crise e propunha o questionamento sobre uma democracia direta como alternativa ou caminho conjunto⁴³³ para enfrentar a realidade atual das sociedades complexas. Para tanto era preciso vazar algumas distinções entre os conceitos que podiam baralhar-se. A democracia representativa não se confunde com o parlamentarismo. Conceituando democracia representativa Bobbio assenta que não podemos confundi-la como o parlamentarismo, porque este é historicamente anterior às eleições democráticas, e existem Estados, como os Estados Unidos da América do Norte e o Brasil, em que o regime republicano é presidencialista e mesmo assim são Estados representativos.

As características que descrevem a democracia representativa podem ser identificadas como: no aspecto geral, as decisões do interesse da coletividade não são tomadas diretamente por aqueles a quem dizem respeito, mas, sim, por representantes eleitos para tanto;⁴³⁴ no particular, nas democracias representativas modernas (objetivamente no caso do Brasil) o representante é fiduciário de um mandato irrevogável, ficando vedado o mandato imperativo (princípio da proibição do mandato imperativo) e portanto sendo ele representante dos interesses gerais.⁴³⁵

⁴³³ Cf. BOBBIO. Democracia representativa e democracia direta. In: **O futuro da democracia**, p.53. No início do texto o autor afirma que a demanda por mais democracia exige que coloquemos ao lado da democracia representativa ou mesmo em seu lugar uma democracia direta, lembra a tese de Rosseau “pai da democracia moderna” no “Contrato social” segundo a qual “a soberania não pode ser representada”.

⁴³⁴ “A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 56.

⁴³⁵ Bobbio exclui várias acepções possíveis do termo “representação” para ficar com a representação do membro do parlamento; nesta subdivide a representação delegada (apenas porta voz, revogável *ad nutum*) e fiduciária. “Creio não ter passado despercebida a relação que existe, de um lado, entre a figura do representante como delegado e a da representação dos interesses particulares, e de outro lado entre a figura do representante fiduciário e a representação dos interesses gerais.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 59. Adiante sintetiza suas impressões: “com isto, creio ter-me colocado em condições de precisar em qual acepção do termo ‘representação’ se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por **representante** entende-se uma pessoa que tem **duas características bem estabelecidas**: a) na medida em que goza da **confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável**; b) **não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.**” Id.,Ibid., p.59-60.

Cria-se, com este sistema, a figura do “político de profissão”,⁴³⁶ sendo que as críticas possíveis a esse estado de coisas propõe como alternativa a revogação do mandato (possibilidade de retroceder na escolha do representante e de substituí-lo) e da representação orgânica (vinculação do mandato a determinados interesses). Nenhuma das posições críticas infelizmente leva a uma democracia mais participativa. Apenas procuram legitimar e controlar melhor a democracia representativa.⁴³⁷ Por outro lado, conceituando democracia direta afirma Bobbio:

“para que exista democracia direta no sentido próprio da palavra, isto é, no sentido em que direto quer dizer que o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito, é preciso que entre os indivíduos deliberantes e a deliberação que lhes diz respeito não exista nenhum intermediário.” (BOBBIO)⁴³⁸

A crítica aos defensores de uma democracia direta plena, do cidadão total, que não é senão outra faceta do Estado total, vem algumas páginas antes no mesmo escrito de Bobbio e merece ser abordada. Uma democracia direta plena seria impossível materialmente nas sociedades complexas. Além de insensata a democracia do “todos decidem sobre tudo” seria uma forma totalitária de politizar tudo, obrigando o homem a viver da manhã até a noite sua tarefa política de cidadão, não deixando espaço para o simplesmente humano e o privado das relações sociais e da intimidade.⁴³⁹

Como estamos tratando de modelos teóricos, as fórmulas políticas democracia direta e democracia representativa apenas apontam para: “indicar uma direção em nível máximo, e

⁴³⁶ Id.,Ibid., p. 60.

⁴³⁷ Id.,Ibid., p. 61.

⁴³⁸ Id., Ibid., p. 63.

⁴³⁹ “O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos

pouco importa que sejam expressas com termos vagos e ambíguos, mais indicados para suscitar certas emoções que para entrar em contato com certas realidades.”⁴⁴⁰ Isto porque: “é dever da crítica teórica descobrir e denunciar as soluções meramente verbais, transformar uma fórmula de efeito numa proposta operativa...”.

Nas ciências sociais (se não em todas as ciências em uma mudança de paradigma, principalmente no Direito) uma teoria não tem como principal função explicar toda a realidade, mas tem como valor levantar questões relevantes que possam ser contrastadas com dada realidade.⁴⁴¹

A questão central não é mera opção por um ou outro sistema, que apenas aprofundaria a crise de suas insuficiências apontadas, antes existe uma convivência harmônica e obrigatória entre as duas formas democráticas (direta e representativa) que aponta para uma almejada “democracia integral”.⁴⁴²

3.2.2 Pluralismo Democrático e Democratização da Sociedade

os interesses humanos aos interesses da pólis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante.” Id.,Ibid., p. 55.

⁴⁴⁰ Id.,Ibid., p. 55.

⁴⁴¹ Conforme **Krishan**: “Sempre achei errado subestimar essas teorias [sociedade de informação, pós-modernismo e pós-fordismo] em virtude de não serem inteiramente convincentes, ou por desdenharem este ou aquele aspecto da vida contemporânea. **Todas as teorias são parciais**; sua fecundidade reside nos tipos de questão que levantam.” KRISHAN, Kumar. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p.7.

⁴⁴² Ambas as democracias a direta e a representativa se confundem e se imbricam nas formas de controle e sozinhas não são suficientes, “**um sistema de democracia integral as pode conter todas**, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si, posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p.65.

Portanto, de uma perspectiva de oposição, democracia direta *versus* democracia representativa, opta-se por uma perspectiva de convergência.

Tanto que possibilite uma democracia mais participativa e de cunho social, daí o respeito obrigatório ao “princípio formal” que se agrega à Lei elaborada pelos representantes eleitos em parlamento, nos Estados democráticos.

Como acentua Bobbio **a grande revolução** não está mais na simples passagem de uma forma democrática para outra dentro do espaço institucionalizado, mas na **democracia social**, ou seja, na passagem do âmbito político representativo do Estado (democracia estatal) para um espaço maior do exercício democrático (democracia social).

A democracia exercida na vida social. Quer dizer, passa-se da “**democratização do estado para a democratização da sociedade.**”⁴⁴³

Nesse sentido a crítica vai justamente à dificuldade de exercício democrático dentro das estruturas burocráticas estamentais, a **empresa** e o **espaço estatal** que são esferas impermeáveis de poder centralizado: “os **dois grandes blocos de poder descendente e**

⁴⁴³ Bobbio afirma que estamos presenciando um movimento descendente do poder burocrático e um ascendente da participação (democratização) na esfera da política. Id., p.66. “O que acontece agora é que o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus *status* e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai estudante, de médico e doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 67. A democratização da sociedade, passagem da democracia política para a democracia social, e a ocupação de espaços, ocorre quer seja pela democracia representativa, quer seja pela democracia direta, “de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático.” Id.,Ibid., p. 67.

hierárquico das sociedades complexas – a grande empresa e a administração pública – não foram até agora sequer tocados pelo processo de democratização.”⁴⁴⁴

A esfera política para Bobbio está incluída na esfera da sociedade civil e essa condiciona e mesmo determina o que deve acontecer naquela. Reflete e pondera, com razão, que o processo de “democracia integral” é um processo apenas iniciado “do qual não estamos em condições de conhecer nem as etapas nem a duração”. Daí sua crítica, ao “*quallunquismo*” (o “tanto faz”, o “sempre foi assim e assim sempre será”, uma espécie de *laissez-faire* voltado para a mudança e não para a estabilidade) do cidadão que só tem a tônica nos seus interesses privados.⁴⁴⁵ Se estamos em um momento de transição para o fortalecimento da democracia, a ausência de participação pode ser fatal para a própria sobrevivência dessa democracia em formação.

Esclarecida, portanto, a necessidade de se reconhecer a passagem de uma democracia representativa (modelo liberal) para a democracia social (democratização das instâncias de poder) precisa-se aprofundar alguns pontos mais na formação da democracia do Estado Democrático de Direito.

Outra distinção e precisão importante é a dos conceitos de democracia e pluralismo, aparentemente confundidos no cenário moderno. A **democracia não é necessariamente um regime pluralista**. Enquanto a democracia pressupõe um poder da maioria (do povo) não é, como vimos, impeditivo do exercício deste poder apenas pela maioria (princípio majoritário),

⁴⁴⁴ Id.,Ibid., p.70.

⁴⁴⁵ Id.,Ibid., p. 68-69.

com conseqüente centralismo democrático nas opções da maioria.⁴⁴⁶ Tocqueville já previa essa degeneração da democracia.

A ditadura da maioria,⁴⁴⁷ excesso de concentração de poder nas mãos de um tirano eleito que representaria e encorparia o Estado.⁴⁴⁸ Contrapunha a igualdade no mundo político atribuindo-a: a cada cidadão ou a ninguém.⁴⁴⁹ Como Tocqueville participara ativamente de todos os movimentos da Revolução Francesa, na qualidade de membro da aristocracia, percebia nessas atividades um ódio inextinguível à nobreza e à desigualdade que ela representava.

Para ele, esse ódio era o motor da Revolução Francesa e contrapunha-se frontalmente à noção que inspirara filosoficamente a Revolução Americana e sua carta de direitos como pacto político: a liberdade individual.⁴⁵⁰

Em França faltava a consistência da paixão pela liberdade existente no espírito americano revolucionário, conseqüentemente a nova paixão pela liberdade francesa era e efetivamente foi sujeita aos mandos e desmandos de sucessores despóticos no poder

⁴⁴⁶ Cf. BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 55.

⁴⁴⁷ O chamado “despotismo democrático”, centralismo decorrente dos governos democráticos, que posteriormente se converterá no “totalitarismo”. Isso porque: “apesar do seu caráter fluído e aberto, a democracia, paradoxalmente, traz em seu bojo a potencialidade da determinação social, da identificação do povo com o ‘povo Uno’, o fantasma totalitário, o perigo de seu contrário”. DOBROWOLSKI, **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição**. p. 80; TOCQUEVILLE, **Da democracia na América**, p. 512-521 e 530 e ss. Incrível a precisão com que Tocqueville antecipa o totalitarismo, apontando que, no governo democrático, após ter petrificado o cidadão sob o signo da igualdade, “o soberano estende o braço sobre a sociedade inteira; cobre sua superfície com uma rede de pequenas regras complicadas, minuciosas e uniformes, através das quais os espíritos mais originais e as almas mais vigorosas não seriam capazes de vir à luz para ultrapassar a multidão; não esmaga vontades, mas as enfraquece, cura-as e as dirige; raramente força a agir, mas constantemente opõe resistência à ação; nunca destrói, mas impede de nascer; nunca tiraniza, mas comprime e enfraquece, prejudica, extingue e desumaniza, e afinal reduz cada nação a não ser mais que rebanho de animais tímidos e diligentes, dos quais o governo é o pastor.”(Id., p. 532).

⁴⁴⁸ Id.,Ibid.,p. 531.

⁴⁴⁹ Id.,Ibid., p. 49.

⁴⁵⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução: Yvonne Jean, 4 ed. Brasília: UNB, 1997. p. 187-189.

antigamente atribuído aos nobres, os exemplos que evidenciam essa realidade são Napoleão (1799-1804-1814) e o retorno à Monarquia Bourbon (1815-1830).⁴⁵¹

O argumento que em definitivo **afasta a teoria da maioria** democrática é a **pluralidade de direito (condição humana)** nos Estados Democráticos e a **unidade da Constituição** que os assegura; **vive-se em uma democracia de direitos**. Os direitos fundamentais são tão importantes para o exercício da maioria democrática como para assegurar voz e vez para os direitos das minorias a participar do processo de formação da decisão.

As sociedades complexas em que são muitos os pólos de difusão do poder (família, mercado, Estado etc) devem assegurar o dissenso e a possibilidade de um discurso jurídico válido mesmo contra as maioria aparentes, essa necessidade está aliada à unidade da Constituição e à “pretensão de correção”, que lhe confere sentido.

O poder difuso, defendido pelo pluralismo, acarreta naturalmente a sua descentralização em tantos quantos sejam os centros de poder. A distinção entre a democracia e o pluralismo se dá na extensão dos conceitos. Assim, a **teoria democrática** toma em consideração a luta contra o **poder autocrático**, quer dizer, o poder que parte do alto e está concentrado em uma pessoa (monarquia) ou em um determinado grupo de privilegiados (oligarquia), e sustenta que o remédio contra este tipo de poder só pode ser o **poder que vem de baixo, o poder do povo**. Por outro lado, a **teoria pluralista** toma em consideração a resistência ao **poder monocrático**, isto é, ao poder concentrado numa única mão, e sustenta

⁴⁵¹ HOBSBAWN, A era das revoluções, p. 90.

que o remédio contra este tipo de poder é **o poder distribuído, o direito à participação na formação da decisão e a várias instâncias especializadas de poder.**

A República de Rosseau é simultaneamente democrática e monocrática (poder exclusivo do povo, assim também, a democracia dos antigos), a sociedade feudal é simultaneamente autocrática e policrática (pluralista).⁴⁵²

Da mesma forma, poderíamos afirmar que o Estado das **monarquias absolutas** era **monocrático e autocrático** enquanto **as democracias modernas deverão ser democrática e policráticas.**⁴⁵³ Isto porque **o pluralismo**, entendido como diversos centros de poder, **na sociedade atual não é um dado a construir, mas uma realidade, um dado construído.**⁴⁵⁴

Concluindo,

“a democracia dos modernos [*rectius*: contemporâneos] é o estado no qual a luta contra o abuso do poder é travada paralelamente em duas frentes – **contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído.**” (BOBBIO)⁴⁵⁵

⁴⁵² BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p.72.

⁴⁵³ Id.,Ibid., p.73.

⁴⁵⁴ Assim Bobbio, “É um fato que as nossas sociedades, diferentemente da antiga pólis, são sociedades com vários centro de poder. E é simplesmente uma consequência deste fato que a democracia dos modernos deva fazer as contas com o pluralismo, diferentemente do que ocorria na democracia dos antigos.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 71. Afirma mesmo que “antes de ser uma teoria, o pluralismo é uma situação objetiva, na qual estamos imersos” Id., Ibid., p.71.

⁴⁵⁵ BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 73.

O “dissenso” pluralista⁴⁵⁶ (dos vários centros de poder) seria argila e o sopro para manter a democracia viva.⁴⁵⁷ O dissenso em potencial deve ser sempre garantido para a evolução de um agir democrático.⁴⁵⁸

Em linha de reconstrução do raciocínio poder-se-ia concluir refazendo o percurso em sentido contrário a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, que permite uma maior distribuição do poder, e resulta na abertura para a democratização da sociedade civil e, finalmente, esta alarga e integra a democracia política.⁴⁵⁹

O que se entende por democracia participativa tem relação de fechamento com o que foi dito até aqui. Se o projeto de democracia da Constituição realmente se identificar com um futuro Estado democrático e policrático as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis e os Poderes institucionalizados deverão abrir seu procedimento às luzes desses outros centros decisórios da sociedade civil (dentro da ótica de uma sociedade aberta).⁴⁶⁰

3.2.3 Democracia Participativa e Jurisdição

⁴⁵⁶ “O pluralismo enfim nos permite explicar uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos: a liberdade – melhor: a liceidade – do dissenso.” BOBBIO, **Democracia representativa e democracia direta**, p. 73.

⁴⁵⁷ Bobbio frisa que não há só dissenso mas também consenso. “Para que exista uma democracia basta o consenso da maioria. Mas exatamente o consenso da maioria significa que existe uma minoria que dissente.” Id., *Ibid.*, p. 74.

⁴⁵⁸ Esse também é o entendimento de Bobbio: “Quero dizer que, num regime que se apóia no consenso não imposto a partir do alto, alguma forma de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justiça democrático.” Id., *Ibid.*, p. 76.

⁴⁵⁹ Id., *Ibid.*, p. 76.

⁴⁶⁰ Em importante tópico sobre a participação leal Bonavides aduz: “ a Corte Constitucional deve **controlar a participação leal** (*faire Betelligung*) dos diferentes grupos na interpretação da constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participaram do processo (interesses não representados ou não representáveis). Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou a defesa do meio ambiente. Aqui manifestam-se os ‘interesses públicos’ ou, segundo a terminologia de Habermas, os interesses aptos a serem generalizados.” BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**, p. 46. Cf. HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, 1997.

A democracia participativa revela-se no exercício do poder e do governo do povo, pelo povo e para o povo.⁴⁶¹ A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e no Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar a jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução junto às partes envolvidas, mediante princípios de Direito.

Essa realidade coloca o Judiciário à frente da discussão, podendo realizar a democracia participativa ou compelir às soluções que considerem a cidadania,⁴⁶² principalmente levando-se em consideração a abertura possível, em razão do contemporâneo processo constitucional e das ações coletivas, com a legitimação de formações sociais e entes exponenciais da sociedade.

Podemos dizer, em síntese, que democracia participativa difere da direta, na medida em que se identifica, não com o agir do indivíduo pleno,⁴⁶³ mas com a potencialidade de agir dos sujeitos e das formações sociais capazes de representar uma subjetividade.

⁴⁶¹O fragmento citado, do famoso discurso de Lincoln, bem define o espírito da verdadeira democracia e, elogiado por muitos, é na afirmação de Bonavides, um discurso onde “não persiste a demagogia”, mas sim “verdade e certeza”. BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**, p.14.

⁴⁶² Como afirma Bonavides em passagem inspiradora: “Ao juiz da lei sucederá o juiz da Constituição. Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade. Ao juiz da pré-compreensão de classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade....Por essa via o povo chegará ao poder, a sociedade à regeneração e o Estado e a Nação, abraçados com a cidadania, à execução e observância do contrato social.” (BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**, p. 23). E, em obra de profunda análise sobre o sistema processual brasileiro e sua base romano-canônica, pontua, no mesmo sentido, Baptista da Silva: “...o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal....o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 219.

⁴⁶³ Como já foi observado, além de humanamente impossível, na complexidade dos Estados modernos, o indivíduo total não difere do Estado total no potencial de arbítrio e totalitarismo (o que é exatamente oposto de democracia). Isso porque, o exacerbado individualismo afirma sua esfera de poder contra tudo e contra todos.

Dinamarco prestou valiosa colaboração para os estudos do processo civil quando estabeleceu, em texto clássico, a convivência de diversos escopos, funções ou finalidades da jurisdição. Determinou Dinamarco a convivência dos escopos: social, subdividido em pacificar com justiça e educar para o exercício dos direitos; político, entendido como a participação no poder; e jurídico, que compreende a atuação do direito objetivo do Estado.⁴⁶⁴

No escopo político, que aqui mais nos interessa, Dinamarco identifica o “fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno do *Estado...*”⁴⁶⁵ isto porque “o próprio direito tem inegavelmente um ‘fim político’, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.”⁴⁶⁶

Afirma, ainda, ser o escopo político divisível em três aspectos:

- a) o poder institucionalizado na capacidade estatal de “decidir com interatividade”;
- b) o culto ao valor liberdade, aferível na jurisdição constitucional das liberdades;

⁴⁶⁴ Cf. DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**, nota 16, p. 154. Infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo que Dinamarco defende utilização da “técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais.” (DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**, p.151.), afasta completamente a atividade criativa do juiz ao afirmar que “Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico [direito material/direito processual], chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição’ das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e da solução em cada uma delas em concreto; **a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover sua atuação.**”(sic., Id., p. 209).

⁴⁶⁵ Id.,Ibid., p. 168, nota 1.

c) assegurar a participação dos cidadãos, individualmente ou por meio de “associações”, nos destinos da sociedade política.

No mais importante aspecto político para este estudo, o da participação, Dinamarco observa, com razão, que a “*participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político.”⁴⁶⁷ E, ainda, aponta seu exercício através de instrumentos processuais constitucionais, como a ação popular, e em técnicas processuais, como a legitimação ativa:

“Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.” (DINAMARCO)⁴⁶⁸

3.2.4 Notas Conclusivas Sobre a Evolução do Debate Democrático: Demodiversidade

Faça-se, por fim, uma recapitulação do debate até aqui travado pelas diversas correntes que versaram sobre o tema central da democracia. Na primeira metade do século XX o debate centrou-se sobre a “desejabilidade” da democracia, isso porque está tinha sido considerada “consensualmente perigosa” já que se corria o risco de atribuir o poder de governar a pessoas

⁴⁶⁶ Id.,Ibid., p. 169.

⁴⁶⁷ DINAMARCO, A *instrumentalidade do processo*, p. 168

⁴⁶⁸ Ib., Ibid., p.171

que não tinham condições de fazê-lo: “a grande massa da população, iletrada, ignorante e social e politicamente inferior”; tratava-se da chamada “teoria da elite” que procurava justificar, em sua retórica, a inviabilidade da democracia com participação popular ampla.⁴⁶⁹ O resultado desse debate foi o consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos: a democracia representativa foi generalizada.⁴⁷⁰

Pós-Segunda Guerra Mundial o debate se deslocou para as condições estruturais da democracia e sua compatibilidade ou incompatibilidade com o modo de produção capitalista. A democracia era então de “baixa intensidade” pois garantia apenas algumas características mínimas, como o direito de votar e ser votado, não incluindo questões sociais no debate democrático. Existiria, dessa forma, **uma tensão entre capitalismo e democracia, que resolvida a favor da democracia entendida como igualdade substancial, colocaria limites à propriedade e resultaria em ganhos distributivos para os setores menos favorecidos da sociedade.**⁴⁷¹

Com apoio em Sem, Santos celebra a perda de credibilidade da idéia de “condições estruturais”, que ocorreu após a extensão do modelo hegemônico liberal de democracia para os países da América Latina (1970) e a Europa do Leste (1989). Passa-se, a partir daí, em razão dos fatos, ao **entendimento de que qualquer país está preparado para à democracia, sem a necessidade de recorrer a democracia de escalas** (divisão de tarefas democráticas em razão da complexidade e da interferência social na atividade econômica), afasta-se, portanto, as soluções de baixa intensidade propondo uma **“terceira onda de democratização”, a democracia de “alta intensidade”.**

⁴⁶⁹ SANTOS; AVRITZER. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In. SANTOS. (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** p. 39.

⁴⁷⁰ Id.,Ibid., p. 40.

⁴⁷¹ SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa,** p. 40.

Após o debate sobre a desejabilidade da democracia e suas condições estruturais passa-se à afirmação de sua possibilidade e à busca pela “**demodiversidade**”, ou seja, **a democracia pluralista que admite várias instâncias de formação e deliberação com a “recuperação das tradições participativas”**. Assim, Santos denuncia a falência da concepção hegemônica em duas formas de debate permitidos no século XX: o abandono da mobilização social, a solução elitista para o debate sobre a democracia, com a conseqüente supervalorização do papel dos mecanismos representativos. Isso porque:

“a **expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais** onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida com a dupla patologia: **a patologia da participação**, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e **a patologia da representação**, o fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram.” (SANTOS; AVRITZER)⁴⁷²

O risco de se continuar sem refletir os necessários passos para o reconhecimento de uma democracia pluralista e participativa é ficar-se atrelado ao modelo hegemônico de democracia liberal-representativa (que reflete os anseios de estabilidade dos governos bloqueando qualquer ativismo judicial em matérias políticas) e a democracia elitista (em que toda a prática democrática está controlada pela “aristocracia” dominante, igualmente vedado o debate judicial).⁴⁷³ Para Santos as regras procedimentais mínimas previstas pela evolução da doutrina de Kelsen através de Schumpeter e de Bobbio são redutoras da diversidade democrática e precisam ser ultrapassadas.⁴⁷⁴ “Para ser plural, a política tem de contar com o

⁴⁷²SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p. 41.

⁴⁷³ Assim, “a democracia representativa elitista, propõe estender ao resto do mundo o modelo de democracia liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte, ignorando as experiências e as discussões oriundas dos países do Sul no debate sobre a democracia.” SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p. 41.

⁴⁷⁴ Apesar disso: “em nenhum momento fica claro no itinerário que vai de Kelsen a Schumpeter e Bobbio por que o procedimentalismo não comporta formas ampliadas de democracia...postulado *ad hoc*...a questão de saber se as eleições

assentimento desses atores em processos racionais de discussão e deliberação. Portanto, o procedimentalismo democrático não pode ser, como supõe Bobbio, um método de autorização de governos.⁴⁷⁵ Trata-se, assim, de recolocar as questões fundamentais:

- a) da relação entre procedimento e participação social;
- b) da redefinição da adequação de soluções não participativas e burocráticas, com uma “nova determinação política baseada na criatividade dos atores sociais”;
- c) da representação da diversidade cultural e social.⁴⁷⁶ Substituir uma gramática social e estatal de exclusão, por uma gramática de participação e inclusão.⁴⁷⁷ Para isso é necessário o compromisso com o fortalecimento da demodiversidade com o conseqüente **“aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas.”**⁴⁷⁸

Exatamente esse é o caso do Tribunal Constitucional da Colômbia, relatado por Garcia-Villegas e Uprimny.⁴⁷⁹ Os autores indicam o potencial de emancipação de algumas

esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença”. SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p.42. Aludem, ainda, a doutrina de Weber para demonstrar a soberania popular decrescente pelo controle burocrático das formas de representação: “Weber, o fenômeno da complexidade criava problemas para o funcionamento da democracia na medida em que criava uma tensão entre soberania crescente, no caso o controle dos governos pelos governados, e soberania decrescente, no caso o controle dos governados pela burocracia.” Essa tensão estava a base do surgimento do Estado Moderno.

⁴⁷⁵ SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia**, p. 53. Como foi possível constatar, *infra*, Bobbio progrediu no mesmo sentido apontado pelos autores.

⁴⁷⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 54.

⁴⁷⁷ *Id.*, *Ibid.*, p. 57.

⁴⁷⁸ SANTOS; AVRITZER, **Democratizar a democracia** p. 77.

⁴⁷⁹ GARCIA-VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. Tradução Manuel del Pino. In: SANTOS. (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 298-331.

decisões do Tribunal Constitucional colombiano “consideradas progressistas”, relatando os casos em que a participação efetiva do Tribunal teve grande papel na vida política daquele país.⁴⁸⁰ O que se salienta de importante no contexto colombiano é sua identidade de características com o sistema brasileiro, inclusive na formação de sua instituição judiciária superior. As características indicadas pelos autores que possibilitaram a interferência do tribunal em questões políticas são justamente a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o acesso à Justiça muito fácil e barato (e daí decorrente uma maior legitimação perante a sociedade e uma maior influência política dos tribunais), agregando-se a esses fatores a “crise de representação” e a “debilidade dos movimentos sociais e partidos de oposição” na Colômbia.⁴⁸¹

A defesa de tese deste texto é justamente no sentido de que os espaços democráticos são e devem ser plurais (demodiversidade) e de que o Estado, na esfera de seus poderes independentes e harmônicos, na configuração constitucional que estabeleceu-se no Brasil em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática.

3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS POLÍTICOS E O DIREITO PROCESSUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

⁴⁸⁰ GARCIA-VILLEGAS; UPRIMNY, **Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia**, p. 300.

Os direitos fundamentais são “graus de aferição da democracia” e somente são possíveis em uma sociedade democrática.⁴⁸² Não há democracia sem direitos fundamentais e não há direitos fundamentais sem democracia.

A questão agora é saber, dentro desse quadro, se os direitos fundamentais⁴⁸³ são direitos políticos ou direitos individuais, ou seja, se os direitos fundamentais podem ser reclamados apenas na esfera da técnica jurídica como direitos subjetivos⁴⁸⁴ ou, no revés, podem ser considerados direitos instituídos ou construídos politicamente, e portanto defendidos em espaços institucionalizados de poder independentemente de sua vinculação a um prévio e reconhecido direito subjetivo.

Marx em um de seus escritos da juventude, “A questão judaica”, acentuou o aspecto político dos direitos fundamentais, afirmando que a Revolução Francesa maquiava este aspecto e dessocializava o sujeito, diluindo-o no indivíduo com direitos liberais e no cidadão com direitos políticos.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Id., *Ibid.*, p. 306. Os casos citados referem ao movimento indígena, aos sindicatos, aos direitos dos homossexuais e aos devedores hipotecários.

⁴⁸² Entre muitos, Cf. BRANCO. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: BRANCO et al. **Heremênutica constitucional e direitos fundamentais.** p. 103 - 194. esp. p.104. Lefort salienta o caráter de “**princípios geradores da democracia**” que os direitos humanos possuem. Cf. LEFORT. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo.** p. 57.

⁴⁸³ A denominação “direitos fundamentais” é preferida aos direitos humanos em razão da comum dimensão estatalizada atribuída aos primeiros e universal estabelecida para os segundos. Enquanto os direitos humanos são aqueles constantes de tratados, convenções e documentos internacionais os direitos fundamentais seriam aqueles reconhecidos dentro do direito positivo interno dos Estados. Vale ainda a observação precisa de que no Brasil os direitos fundamentais são constitucionais por força da leitura do art. 5º., § 1º., da CF/88 agora remoçado com a possibilidade da constitucionalização dos tratados (EC 45/04 que acrescentou o § 3º ao art. 5º). Ver BRANCO, **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 126.

⁴⁸⁴ O conceito de direitos subjetivos serve ao modelo de regulação pois assegura a propriedade do direito ao seu titular individual, fragmentando o direito. Sobre as teorias que procuram apresentar o direito subjetivo (Jhering, direito subjetivo como interesse juridicamente protegido; Savigny, direito subjetivo como fenômeno da vontade; Jellinek, teoria eclética ou mista, direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade; e, Dabin, direito subjetivo como uma pertença-domínio) ver: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito Subjetivo – II. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, s.d. p. 330-334.

⁴⁸⁵ Para uma crítica ao conceito estrito de cidadania ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. Sua visão da cidadania liberal é bem acentuada na seguinte passagem: “Erigindo a **cidadania como direito à representação no poder**, limitando a participação política ao **exercício periódico do voto** e estigmatizando o cidadão como eleitor, capaz de votar e ser votado, a cidadania liberal vincula-se, logicamente, a um corolário de democracia: a **democracia representativa liberal**, não existindo fora dela, ou seja, não sendo problematizada para além desse modelo.” ANDRADE, **Cidadania: do direito aos direitos humanos**, p. 120-121. Em seguida conclui: “**a cidadania liberal não pode ser dogmatizada como a única realização possível da cidadania.** Trata-se

Afirma Marx que os direitos humanos na forma autêntica dada por “seus descobridores norte-americanos e franceses” são direitos políticos, pois seu conteúdo “**é a participação na comunidade**”.⁴⁸⁶ Isto porque são direitos da sociedade burguesa fomentadora da Revolução Francesa e não do homem membro da comunidade: “Registremos ...que os chamados direitos humanos...ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que direitos do *membro da sociedade burguesa*, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade.”⁴⁸⁷

Mais adiante, “trata-se da liberdade do homem como de uma mônoda isolada, dobrada sobre si mesma.”⁴⁸⁸ Para Marx a liberdade do homem, neste contexto, é a separação do homem em relação ao seu semelhante: “A liberdade é o *direito* a esta dissociação, o direito do indivíduo *delimitado*, limitado a si mesmo.”⁴⁸⁹ Neste sentido afirma em conclusão: “A aplicação prática do direito humano à liberdade é o direito humano à *propriedade privada*.”⁴⁹⁰

Daí que o conceito de segurança assevera sua supremacia como conceito social, na medida em que pretende a tutela do bem supremo individual: a propriedade. Para Marx:

“A *segurança* é o conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito de polícia, segundo o qual toda a sociedade existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade. O conceito de segurança não faz com que a sociedade burguesa se sobreponha a seu egoísmo. A segurança, pelo contrário, é a *preservação* deste.” (MARX)⁴⁹¹.

de uma realização historicamente determinada, cujo alcance é tão limitado quanto é a concepção liberal de política e de democracia.” Id., p. 121.

⁴⁸⁶ MARX. **A questão judaica**. [S.l.:s.d]: Editora Moraes. p.39.

⁴⁸⁷ Id.,Ibid., p.41.

⁴⁸⁸ Id.,Ibid.,p.42.

⁴⁸⁹ Id.,Ibid., p. 42.

⁴⁹⁰ MARX. **A questão judaica**.

Marx volta sua crítica então para os direitos do cidadão (cada homem, um voto - direito de voto em um representante), afirmando que a revolução política ao alterar a velha sociedade feudal acabou com seu caráter político intrínseco diminuindo o poder do indivíduo como membro da coletividade e eliminando a sociedade civil:

“A revolução política que derrubou este poder senhorial [feudalismo], que fez ascender os assuntos de Estado a assuntos do povo, que constituiu o Estado político como incumbência *geral*, isto é, como Estado real, destruiu necessariamente todos os estamentos, corporações, grêmios e privilégios que eram outras tantas expressões da separação entre o povo e sua comunidade.” {Com isso}: “A revolução política *suprimiu...o caráter político da sociedade civil.*” (MARX)⁴⁹²

O importante na crítica de Marx é que a mudança de perspectiva que lhe permite a denuncia ideológica da Revolução esclarece como o processo revolucionário não é bastante em si: “Por conseguinte, o homem não se libertou da religião; obteve liberdade religiosa. Não se libertou da propriedade, obteve a liberdade de propriedade. Não se libertou do egoísmo da indústria, obteve a liberdade industrial.”⁴⁹³ Marx, **equivocadamente**, conclui:

“toda a emancipação é a redução do mundo humano, das relações, ao próprio homem. A emancipação política é a redução do homem, de um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo *egoísta independente* e, de outro, a *cidadão do Estado*, a pessoa moral.” (MARX)⁴⁹⁴

⁴⁹¹MARX. *A questão judaica*, p. 44.

⁴⁹² Id., *Ibid.*, p. 48.

⁴⁹³ MARX. *A questão judaica* p. 50.

⁴⁹⁴ Id., *Ibid.*, p. 51.

A contundente crítica de Marx não impede perceber-se que ele cai na armadilha ideológica que foi tantas vezes hábil em desmontar: ao criticar os Direitos do Homem deixou de perceber o caráter emancipatório positivo que estes poderiam ter.⁴⁹⁵

As ligações, enfatizadas por Marx, entre o feudalismo e o pluralismo, estão evidentemente corretas (infra). **Para a sociedade civil fazer parte das esferas de decisão é imprescindível que o poder não seja centralizado nas mãos do Estado soberano, ou de um “povo soberano” despersonalizado.** No mesmo sentido, os direitos individuais que não comportam deveres sociais, que não comportam restrições em razão da comunidade, são egoísticos e tendem a ser exercidos por poucos, ou pior, unicamente pela classe dominante. A classe que administra a estrutura do Estado e que detém o poder central.

Mas, como se viu e será aprofundado adiante, a matriz normativa do Estado Democrático de Direito não é essa, não se coaduna nem com o abandono do indivíduo ao sabor das massas, nem com a supervalorização dos interesses individuais em contradição com a coletividade. Lefort, aproveitando a noção de direitos políticos, bem marcada por Marx, estabelece um novo valor para os direitos humanos conquistados na Revolução, uma liberdade e avanço que Marx não pôde observar porque muito preso a fórmula da representação burguesa. Lefort, acentuando a **função reconhecida da lei escrita (separação da esfera de poder, limitação deste poder)**,⁴⁹⁶ afirma que houve avanço na Declaração Universal, *e.g.*, na liberdade de imprensa, pois é preciso ver que **“a liberdade de opinião é uma liberdade de relações”**, portanto, lendo o artigo 11 da Declaração Universal do Homem e do Cidadão entende que **“é direito do homem, um de seus direitos mais preciosos, sair de si mesmo e**

⁴⁹⁵Cf. LEFORT, A invenção democrática: os limites do totalitarismo.

⁴⁹⁶ LEFORT, A invenção democrática: os limites do totalitarismo, p. 50.

ligar-se aos outros pela palavra, pela escrita, pelo pensamento.⁴⁹⁷ Também o direito a não ser considerado culpado, ao processo justo, é um avanço político não percebido por Marx que estava obcecado com a visão do indivíduo cindido da sociedade, do indivíduo burguês, “tal visão impede Marx, por exemplo, de pôr os olhos na fórmula ‘todo homem é considerado inocente até que tenha sido declarado culpado’ e de nela reconhecer uma aquisição irreversível do pensamento político.”⁴⁹⁸

A grande sensibilidade de Marx foi assinalar sua “rejeição ao político antes mesmo de ter conquistado seu domínio de interpretação.” Com isto a sua crítica exerce diretamente na sociedade individualista pós-revolucionária

“uma teoria da sociedade, na qual se encontram abolidas a dimensão do poder e, com esta, a dimensão da lei e a do saber (dando a este termo a sua mais ampla acepção, abarcando opiniões, crenças, conhecimentos). Tal teoria não permite conceber o sentido da mutação histórica na qual o poder se encontra confinado a limites e o direito plenamente reconhecido em exterioridade ao poder...” (LEFORT)⁴⁹⁹

Lefort frisa, com toda a razão, que a apropriação do direito se deu pelo príncipe nos regimes monárquicos, antes da Revolução, com início no século XIV (em Portugal sécs. XII e XIII), e já naquele momento a monarquia organizou-se (ou iniciou o processo) em Estados-Nação, acabando com o sistema feudal: “unificados pela vassalagem comum dos súditos ao monarca e pouco a pouco nivelados pelo poder estatal, que criou as condições para o desenvolvimento da burguesia.”⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ Id.,Ibid., p. 48.

⁴⁹⁸ Id.,Ibid., p. 51.

⁴⁹⁹ Id.,Ibid., p. 51

⁵⁰⁰ LEFORT, *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*, p.52.

A excelente percepção de Lefort, também observável em Habermas e Derrida,⁵⁰¹ é que **os direitos humanos surgem no âmbito da construção do Estado de Direito**, este sim com características advindas da “secularização dos valores cristãos” (laicização - secularização do Estado) e “valores jurídico-rationais que sustentavam já **uma definição da soberania do povo, do cidadão, da distinção do público e do privado**, etc.” Advindos, esses últimos, da experiência romana resgatada inicialmente por Irnério, no final do século XI, com o estudo do *Corpus Iuris Civilis* na Universidade de Bolonha.⁵⁰²

Isto porque, como corretamente afirma Lefort, “é uma aberração...fazer da democracia uma criação da burguesia.” A democracia é antes uma luta selvagem, por reivindicações que se tornaram “indomesticáveis”, em uma palavra: “uma luta para a conquista de direitos”.⁵⁰³

O antagonismo entre democracia e totalitarismo demonstra que é impossível relacionar direitos humanos e totalitarismo, porque não sobra espaço para a ilusão dos direitos humanos no totalitarismo. Logo os direitos fundamentais são conquistas históricas dentro do Estado, sem ser “confináveis a uma época”,⁵⁰⁴ e são políticos, na medida em que superam a abstração do indivíduo para aderir ao sujeito, à pessoa, não sendo apreensíveis de todo, não são estáticos, estão sempre em constante mutação, não se limitam ao institucionalizado.

⁵⁰¹ HABERMAS, Jürgen; DERRIDA, Jacques . **Passado traçou mentalidade política única**. Tradução de Luiz Repa. Folha de São Paulo, s.d. (Texto publicado originalmente nos jornais "Frankfurter Allgemeine" e "Libération" em 31 de março de 2003). Como advém da seguinte passagem: “Visto que o cristianismo e o capitalismo, a ciência natural e a técnica, o direito romano e o Código Napoleônico, a forma de vida urbana e civil, a democracia e os direitos humanos, a secularização do Estado e da sociedade se espalharam por outros continentes, essas conquistas já não são mais um privilégio da Europa.” Porém, a resistência ao totalitarismo deu a Europa um rosto, “mais do que todas as outras culturas, precisou aprender com a dor como as diferenças podem ser comunicadas, as oposições, institucionalizadas, e as tensões, estabilizadas.” (Id., p. 5). Desta forma a Europa conseguiu superar os antagonismos ou controlá-los, de maneira a estabilizar as relações entre as diversas nações européias.

⁵⁰² SANTOS, **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, p.122. Sobre o ponto ver, ainda, o tópico: “a recepção do direito romano”.(Id., p. 120-124).

⁵⁰³ LEFORT, **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**, p. 26.

⁵⁰⁴ Id., Ibid., p. 55.

Contudo, como é sabido e vem afirmado “**os direitos não se dissociam da consciência dos direitos**”, por isto o trabalho democrático consiste em afastar a cegueira que baralha a vista e resgatar o conteúdo político dos direitos fundamentais. A violência injustificada do Estado, ou justificada pela legalidade formal implica “democracia reatora” que tem nos direitos fundamentais um apoio na “eficácia simbólica” com que se legitimam as lutas dos grupos da sociedade civil, até mesmo no âmbito judicial.⁵⁰⁵

Neste contexto, **o direito processual civil exerce papel determinante por ser direito fundamental, compartilhando, em essência, da natureza democrática.**⁵⁰⁶ O que se pretende afirmar é que a nova ótica constitucional e o novo direito processual seguem a **lógica da participação em contraditório, da racionalidade prática procedimental.**

Defende-se, aqui, o **direito fundamental à organização e ao procedimento**⁵⁰⁷ como **direito positivo ativo frente ao Estado e frente aos demais órgãos de atuação do poder na sociedade democrática.** Significa aceitar seu papel de *status activus processualis* – provocatório e liberal – como direito fundamental frente ao Estado.

Nesse particular os direitos fundamentais apresentam-se como catalisadores da função mais participativa e democrática do Judiciário.

⁵⁰⁵ LEFORT, **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**, *passim*.

⁵⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do formalismo no processo civil**.

⁵⁰⁷ Sobre o *status activus processualis*, tese de Peter Häberle, cf. SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 213-218; ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 454-482; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição e défice procedimental. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 69-84.

Os direitos fundamentais são direitos políticos e o direito processual é um direito fundamental constitucionalizado, direito fundamental, repete-se, que se exprime como *status activus processualis*, um direito ativo à organização e ao procedimento, mas não só, um direito não típico (caráter funcional de seu conteúdo aberto) de provocar a atuação do Judiciário para fazer valer um direito fundamental;⁵⁰⁸ também, para a garantia da efetividade dos direitos materiais fundamentais (como instrumento de aplicação do direito), e para a garantia de segurança do cidadão e da sociedade organizada contra o abuso dos poderes do Estado (direito fundamental à forma, como direito de defesa contra a lesão ou ameaça de lesão).⁵⁰⁹

Esse modelo tem a sensível vantagem de afastar as resistências que se poderiam opor no campo do direito processual civil a um processo das partes (modelo liberal, identificado com o *adversary system* da tradição de *common law*) ou a um processo social (modelo comunitário, identificado como o processo soviético e com o nacional-socialismo).

No processo civil, o modelo procedimental-deliberativo, se dá pelos postulados da máxima da cooperação (*KooperationMaxime*) e do “formalismo valorativo” (ALVARO DE OLIVEIRA), no qual a forma é entendida em sentido amplo. Pretende-se, assim, que a valorização desses postulados auxilie ao jurista na tarefa de, em contraditório, argumentar segundo a pretensão de correção.

⁵⁰⁸ Sobre a atipicidade dos direitos fundamentais de liberdade cf. ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 336-337.

⁵⁰⁹ Especialmente no segundo sentido, criticando a simples ligação dos direitos fundamentais de organização e procedimento a um *status activus*, primariamente jurídico-material, disserta ALEXY: “A primera vista, en favor de tal adscripción, habla el hecho de que en el ámbito del procedimiento y de la organización se trata esencialmente de *competencias* y el status activo consiste em competencias. Pero, si se ven las cosas más de cerca, se percibe que el asunto no es tan simple. Los derechos a

3.4 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FALSO PROBLEMA E A SUA MATRIZ NO PARADIGMA LEGALISTA DO ESTADO LIBERAL

A expansão do Poder Judiciário é um dos maiores fatos políticos do séc. XX, só contrastando, em importância, com a própria expansão da democracia.⁵¹⁰ Não se trata mais de perguntar como a superioridade do Judiciário pode ir contra a decisão da maioria (regra da maioria), mas sim, como justificar a superioridade do judiciário em uma democracia que respeita os direitos.⁵¹¹

Em uma perspectiva otimista, a expansão do acesso à Justiça pode ser considerada uma espécie de consequência benéfica da ascensão positivista do séc. XIX (paradigma legalista), pois foi, em parte, graças a “crença” na certeza do direito que se erigiu o Poder Judiciário em espaço de legítima soberania nos Estados-Nação. Nas democracias modernas, dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito, a questão sobre a supremacia do Judiciário se desloca da oposição “democracia das maiorias” v. “legitimidade do Judiciário” para a pergunta: que tipo de supremacia judicial pode ser justificada em uma democracia que respeita direitos? É nesse quadro epistemológico que se deve enfrentar a falsa questão da politização da Justiça.

organización y procedimiento frente al legislador no son competencias sino derechos a competencias. Y, en tanto tales, pertenecen, sin duda, al status positivo.” (Id., p. 464). .

⁵¹⁰ Apenas para refletir o óbvio de que “a democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX.” SANTOS; AVRITZER, **Para ampliar o cânone democrático**, p.39.

⁵¹¹ GRIFFIN, Stephen..Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights. **Journal of Constitutional Law**, v. 4:2, p. 281-313, jan. 2002. (HeinOnline – 4 U. Pa. J. Const. L. 281 – 2001-2002).

A politização da Justiça, entendida como ativismo-coordenado na realização de políticas-públicas,⁵¹² não representava uma realidade premente antes da atual Constituição Brasileira, sendo esporádica e não significativa, pelo menos no Brasil, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade. O Judiciário mantinha-se inerte, ligado a justiça retributiva. Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária distributiva no Brasil.⁵¹³

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou, assim, institutos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), criando a Advocacia Geral da União; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do texto constitucional.

⁵¹²Conforme Damaska este modelo processual se caracteriza pela implementação de políticas públicas (policy-implementing) pertencente a burocracia-de-coordenação (coordinate officialdom) entre a vontade estatal e a participação dos cidadãos (DAMASKA. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. p. 226-239). O autor apresenta um exemplo desse paradigma na litigação de interesse público norte-americana: “The most perplexing examples of coordinate policy implementation are found in the more recent American practice of using civil procedure in the ‘public interest’. These cases take many forms, but the variant of greatest interest here is a lawsuit brought by a plaintiff acting on behalf of a large interest group against the miniofficialdom of a school, hospital, prison, or independent governmental agency.”(Id., p. 237).

⁵¹³ “Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido a atuação de juizes e tribunais estaduais.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, p. 189-197, 1996. p. 190.

Por tudo isto, revela-se estritamente correta a afirmação de Ferreira Filho: “incontestavelmente...foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível judicialização da política”.⁵¹⁴

Essas radicais mudanças transformam o papel do Judiciário que de espectador passivo no paradigma legalista passa a ser chamado a opinar em questões de dimensão política e social antes jamais imaginadas, quer em razão dos novos direitos materiais surgidos no quadro da nova Carta Magna, quer em razão da própria dimensão alargada dos instrumentos processuais postos à disposição da cidadania para garantir a efetividade destes direitos (com aumento da legitimidade nas ações de controle de constitucionalidade das normas, criação de novos *writs* e recepção das ações coletivas para tutela dos direitos coletivos *lato sensu*).

A proposta aqui apresentada reside na afirmação da indissociabilidade entre Direito e Política (assim como, na indissociabilidade entre Filosofia e Política,⁵¹⁵ e entre Direito e Moral,⁵¹⁶ todas as ciências em esferas intimamente relacionadas) e na denúncia da falsa crença racionalista (paradigma legalista) de que os campos da Política e do Direito não se comunicam; crença tão arraigada que acabou plasmando o seu mais profundo dogma: “a Lei é

⁵¹⁴ FERREIRA FILHO, *A Constituição de 1988 e a judicialização da política*, p. 191.

⁵¹⁵ Trata-se de resgatar Sócrates, ou seja, a dimensão política da razão (racionalidade) e a razão para a dimensão política. Reconciliar o filósofo com a cidade, o pensamento com a ação. Essa ruptura de origem platônica teve influência sobre as questões políticas ao longo da História. Como foi denunciado: “Platão desvaloriza a política a favor da filosofia...Aristóteles retomará: “a vida contemplativa” é superior à “vida activa””, portanto, toda resistência a essa dicotomia é uma resistência socrática. O trabalho de Arendt se insere no movimento de recuperação dessa visão socrática: “é pois em Sócrates que se deve procurar a reconciliação entre filosofia e política.” Cf. VALLÉE, Catherine.. Hannah **Arendt: Sócrates e a questão do totalitarismo**. Tradução Armando Pereira de Souza. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 43. Cf. ARENDT. **A dignidade da política: ensaios e conferências**. *passim*. Também para Popper a contribuição de Sócrates a sociedade aberta é imprescindível: “E havia o maior talvez de todos, Sócrates, que ensinou a lição de que devemos ter fé na razão humana, mas ao mesmo tempo devemos resguardar-nos do dogmatismo; de que os devemos afastar tanto da misologia, a desconfiança na teoria e na razão, quanto da atitude mágica daqueles que fazem da sabedoria um ídolo; que ensinou, em outras palavras, ser a crítica o espírito da ciência.” POPPER. **A sociedade democrática e seus inimigos**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1959. p.203.

⁵¹⁶ HABERMAS, **Direito e moral**. ALEXY; BULYGIN. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**, *passim*.

a Lei”.⁵¹⁷ Este dogma legalista, obedecido cegamente pelos juristas alemães, permitiu uma configuração “jurídica” às teses do nacional-socialismo porque: o princípio de que “a Lei é a Lei” não reconhecia nenhuma limitação. Era a expressão mais fina e acabada do formalismo jurídico positivista.

Nesse contexto: “‘Arbitrariedade legal’ era uma contradição em si, o mesmo que ‘direito supralegal.’”⁵¹⁸ O direito legal jamais poderia ser arbitrário, jamais poderia haver direito fora da Lei. Trata-se de revelar aqui o papel fundamental de uma tensão que nos legou o pós-positivismo em que nos encontramos: a tensão ocorrente entre Segurança Jurídica e Justiça. As máximas positivistas enxergam no Direito apenas as normas materiais estabelecidas pelo “legislador” e no processo apenas um instrumento cego de aplicação estrita da legislação (nos termos do art. 126 do CPC, atuação inteligente da lei, sem o exercício da vontade, instrumento lógico formal, infra).

Como já se vem demonstrando até aqui, o processo no contexto pós-positivista, representa uma abertura para a democracia, que também há de ser a finalidade do Direito como um todo, já que é só no marco democrático que existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional.⁵¹⁹ Os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental ao processo, são inseparáveis dessa noção. Não há democracia sem direitos fundamentais, não há direitos fundamentais sem democracia. O problema da politização do judiciário (governo dos

⁵¹⁷ RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Traducción: Maria Isabel Azereto Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 21. Trata-se da famosa tese direito positivo está determinado a servir à Justiça, no erigir normas positivas o Estado que cometer injustiças manifestas não estará jamais alcançando a dignidade de “derecho válido” (Id., p.38), consiste na reação teórica elaborada por Radbruch, importante jusfilosofo da época, ao nacional-socialismo de Hitler.

⁵¹⁸ RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. p. 21-22.

⁵¹⁹ “Debemos buscar la justicia y atender al mismo tiempo a la seguridad jurídica, porque es ella misma una parte de la justicia, y volver a construir de nuevo un estado de derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos. La democracia es por cierto un valioso bien, el estado de derecho es empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y **lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el estado de derecho.**” RADBRUCH, **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**, p. 51-52.

juízes,⁵²⁰ judicialismo,⁵²¹ judicialização da política,⁵²² judiciocracia,⁵²³ ativismo judicial,⁵²⁴ judicialização do fato político⁵²⁵) é, portanto, um falso problema, plantado pelo dogma positivista da legalidade⁵²⁶ (a lei como fonte absoluta e irrefutável do Direito).

Não por outro motivo, a faceta perversa dessa politização utiliza a técnica legislativa para politizar a justiça em favor de seus interesses, como é o caso da expressiva prática das medidas provisórias em matéria processual (até o advento da EC/32 de 2001)⁵²⁷ tendente a

⁵²⁰ Governo dos juízes tem relação com a Era Lochner (Lochner v. New York - 1905) que procurou impedir políticas públicas de cunho social para garantir os direitos econômicos de liberdade. Conferir, ainda, a crise das políticas sociais do *New Deal* de Roosevelt, ocasionando a célebre tentativa de Roosevelt de adquirir maioria através da nomeação de novos juízes, “*packing the Court*”. Sobre o terceiro período da Corte Suprema norte-americana (1895-1937) e o “governo dos juízes” e a tentativa de “empacotamento da Corte” consultar, BOECHAT RODRIGUES, Leda. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**, 2ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1992. p. 97-158

Cf. SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 79.

⁵²¹ Expressão cunhada por Nonato no julgamento da Representação no STF nº 94-RS. Revista Forense, Rio de Janeiro, p. 109, mar. de 1948 *apud* SILVA, **O processo civil como estratégia de poder**, p. 79.

⁵²² Uma das mais famosas expressões referentes ao tema do conflito entre os poderes e a possibilidade de revisão judicial. Cunhada por Loewenstein para dizer da impossibilidade de permitir que o Poder Judiciário tenha ingerências políticas e de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional. Cf. LOEWENSTEIN. **Teoría de la constitución**. Traducción: Alfredo do Gallego Anabitarte, 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 321 ss. Trata-se também da tese de Carl Schmitt assim traduzida por Bonavides: “Diz ele que se assim procedêssemos, ao invés da ‘judicialização da política’, teríamos a ‘politização da Justiça’. Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito.” BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, p. 104.

⁵²³ LOEWENSTEIN, **Teoría de la constitución**, p. 325.

⁵²⁴ O tema é riquíssimo e de muita importância no direito norte-americano. Trata-se da contraposição entre o ativismo judicial em matéria de direito e a sua contrapartida: a restrição judicial (*judicial restraint*). A questão começou a tomar força na mídia americana com a candidatura de Nixon para presidente nos Estados Unidos. Nixon acusava a Corte de Warren de torcer a lei conforme as suas convicções e indicou com sucesso dois juízes conservadores durante seu mandato presidencial (Powell e Rehnquist, esse último hoje *Chief Justice* e condutor da atual posição ultra-conservadora da Corte Americana). Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. (Cap. 5 – Constitutional cases). Sobre judicial activism e judicial restraint cf. BLACK, Hugo L. **Crença na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1970; WRIGHT, Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society – judicial activism or restraint? **Cornell Law Review**. v. 54, p. 1-28, november, 1968. (HeinOnline – 54 Cornell L. Rev. 1, 1968-1969); YOUNG, Ernest. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**. v. 73, number 4, p. 1139-1147, 2002. (HeinOnline – 73 U. Colo. L. Rev. 1139, 2002); COMELLA, Victor Ferreris. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: source thoughts on judicial activism. **Texas Law Review**. v. 82, p. 1706-1736, 2003-2004. (HeinOnline – 82 Tex. L. Rev. 1736, 2003-2004).

⁵²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66-73.

⁵²⁶ Claro está que se refere à propalada impossibilidade de convivência e não intercomunicabilidade entre os planos político e jurídico. Nos demais aspectos do “problema”, tais como, a denúncia da utilização de técnicas jurídicas a serviço de ideologias políticas, a descrição do fenômeno de crescente participação do Judiciário na vida política dos cidadãos e do Estado etc, a denominação é útil e eficaz. O que importa, portanto, é desmistificar a dicotomia que ainda teima em resistir a uma crítica mais acurada.

⁵²⁷ Frise-se que de fato não está mais autorizada a edição de medidas provisórias em matéria processual pela nova redação da Carta Constitucional. Contudo, por força da regra de transição estabelecida pelo art. 2º da referida EC/32 continuam em vigor as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da Emenda até que medida provisória ulterior, nova lei ou votação definitiva as revogue, modifique ou confirme (o que em matéria processual tornou-se inviável por impossibilidade formal de editar “MP’s”). Como não existe interesse político essas MP’s continuam vigendo. Há franca inconstitucionalidade na sua manutenção, até porque nunca foram passíveis de validade formal (ausência ou inadequação dos requisitos de relevância e urgência em matéria processual).

criar um “**micromodelo processual do Estado**”.⁵²⁸ Prevalecendo essa retórica da exclusão, a lei continuaria a ser válida e eficaz, independentemente do Judiciário, que restaria manietado frente a sua autoridade legislativa.

Utilizando o conceito criado por Ferreira Filho:

“entende-se por judicialização da política a tendência **a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciários a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias**. Ou seja, decisões ‘políticas’, porque concernentes ao interesse da comunidade” (FERREIRA FILHO)⁵²⁹

Não se trata, desde logo deixamos claro, da judicialização da disputa política e sim da discussão, no âmbito judicial, sobre a ação governamental. Ora, o modelo coordenado de administração da Justiça e deliberativo-procedimental de democracia não deixam outra alternativa ao Judiciário que se pretende democrático, ele tem o dever-poder de conformar as políticas públicas com os objetivos constitucionais.

Não acreditamos válida, no contexto do aqui exposto,⁵³⁰ a distinção entre a judicialização da política (acima) e a politização do Judiciário (entendida como imposição de um padrão que não é o da lei objetivamente considerada ou o da Justiça como valor, mas

⁵²⁸ Cf. SILVA. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Janeiro., 2004. A principal conclusão do excelente trabalho revela que o **micromodelo processual do Estado**, forjado para impedir a judicialização da política no Brasil ou arrefecer seus efeitos, veicula a estratégia de governo com **valores e objetivos distintos do resto do ordenamento processual** pátrio e não merece prosperar frente a nossa ordem constitucional fundada em um Estado Democrático de Direito.

⁵²⁹ FERREIRA FILHO, **A constituição de 1988**, p.189.

⁵³⁰ De resgate de sentido, do sentido unívoco, da prática política, pré-partidária e societal, onde o Poder Judiciário atua como espaço de exercício da democracia participativa.

“partidário”).⁵³¹ Tratam-se de duas falácias em uma, as críticas devem se dar no campo da ultrapassagem do espaço jurídico pelas decisões e debates judiciais (bem delimitado pelas normas constitucionais e pelos tratados internacionais assumidos como normas constitucionais).⁵³² Cuida-se, aqui, de fundamentar um “não” a sua pré-exclusão, de todo condenável no Estado Democrático de Direito. Pensar diferente levaria a única conclusão de que o Poder Judiciário não é um poder político,⁵³³ porque determinados debates não podem ser tratados em seu âmbito de conhecimento.⁵³⁴

As **exclusões possíveis** que apenas confirmam a regra, são, por exemplo: a) **constitucionais**, *e.g.*, o art. 217, §§ 1º e 2º da CF/88; b) **autorizadas pela Constituição e reguladas por lei**, como os atos *interna corporis* (a exemplo do mandado de segurança) e os meios alternativos de resolução de conflitos (a exemplo da arbitragem); c) e, por fim, **lógicas** ou **racionais** (casos em que em razão das peculiaridades do pedido se dá uma flagrante impropriedade jurídica em sua análise judicial). O que importam sempre é a “boa razão”, ou seja, os limites dos atos devem ser afetos a sua esfera de competência, caso ultrapassado este espaço, em qualquer caso de lesão gravíssima, poderá a ofensa de direitos individuais e coletivos ser sindicalizada pelo Judiciário: “a lei não excluía da apreciação do Poder

⁵³¹ Consideram-se, em verdade, duas faces da mesma moeda, “contrapartida inexorável”. FERREIRA FILHO, **A Constituição de 1988 e a judicialização da política**, p. 194-195.

⁵³² Cf. EC 45/04, art. 5º, § 3º da CF/88.

⁵³³ Nesse sentido a literalidade de Ferreira Filho: “a democracia moderna – a democracia representativa – é uma forma de governo misto, de acordo com a longa tradição de que a melhor forma não é qualquer das puras, mas a que combine o lado positivo de cada uma das três formas clássicas, evitando o lado negativo de cada uma delas...se a orientação política geral é dada pelo Executivo, hoje Governo, e pelo Legislativo, ambos eleitos pelo povo, ao Judiciário é dado o papel de freio em defesa da justiça. Por isso, é ele um poder técnico, estruturado de modo a atender às exigências de imparcialidade e independência. **Os outros são poderes políticos, ele não deve ser.**” FERREIRA FILHO, **A Constituição de 1988 e a judicialização da política**, 1996, p. 195.

⁵³⁴ Esse é o entendimento que vem sendo esposado pelo STF nos casos de limitação de controle jurisdicional sobre atos regimentais: “A submissão das questões de índole regimental, ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais, implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias – como a que trata este processo – em que não há, a meu juízo, qualquer evidência de que o ato impugnado tenha vulnerado o texto da Constituição da República. Tratando-se, em conseqüência, de matéria sujeita à exclusiva esfera da interpretação meramente regimental, não há como incidir a *judicial review*, eis que – tal como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – a exegese ‘de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*’ (RTJ 112/1023, Rel. Min. Francisco Rezek)” (cf. MS - MC 23920/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mesmo que seja para afastar sua atribuição ou julgar improcedente a demanda.

3.4.1 Afirmação da Função Judicial: Características e Atuação

São duas as temáticas que se colocam de imediato. A primeira diz com a necessidade de **reconhecer como se dá (no quadro constitucional de 1988) o poder exercido pelo Poder Judiciário** frente aos demais poderes, quais suas características e as limitações do *judicial control*, questão essa intimamente ligada à “cláusula aberta do controle judicial”.⁵³⁵ A segunda diz com o como atua esse Poder Judiciário no âmbito das **três ponderações** que sempre surgem no debate sobre a judicialização da política: **a legitimidade, a capacidade e a independência do Poder Judiciário.**⁵³⁶

No que se refere ao Poder Judiciário e o controle dos atos dos demais poderes (e seus próprios), cabe **discernir** entre a atividade jurisdicional **técnica** e o “**Poder**” que é atribuído ao Judiciário, consoante a lição de Celso Neves:

“**Não são, portanto, os meios técnicos** utilizados para garantir o exercício da tutela jurídica processual **que o distinguem como Poder**. O que o leva a essa condição é a **circunstância peculiar de exercer tutela jurídica processual** quanto aos atos dos demais poderes, para **assegurar as limitações constitucionais e suas atribuições**”. (...) Ainda nesse sentido: “Se há plano em que **a função do Judiciário**

⁵³⁵ Como bem observou Ferreira Filho o ativismo judicial norte-americano se traduz em forte tendência de judicialização da política justamente por estar “intimamente ligada à *judicial review*.” FERREIRA FILHO, **A Constituição de 1988 e a judicialização da política**, p. 189.

⁵³⁶ SANTOS; MARQUES; PEDROSO; **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, *passim*.

assume foros de pronunciamento político, esse é o de apreciação da conformidade constitucional das leis.” (NEVES)⁵³⁷

Ressalta-se, daí, a já configurada influência norte-americana no direito nacional e a importância da revisão dos atos administrativos pelo Judiciário, em contraposição à doutrina clássica francesa, isto porque apesar de um dissídio inicial “a concepção americana venceu, entretanto, esses escrúpulos.”⁵³⁸

Trata-se de reconhecer a “Cláusula Aberta do Controle Judicial” que sobressai plena em nosso direito constitucional do art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça direito”. Reconhecido como direito humano fundamental ao acesso à Justiça em nossa jurisdição civil (pleito cível *lato sensu*).⁵³⁹

A “**Teoria dos Deveres-Poderes**” de Mello (tb. BARBOSA⁵⁴⁰ e TOCQUEVILLE⁵⁴¹) representa um papel decisivo na afirmação do modelo de racionalidade prática procedimental de uma democracia deliberativa. O juiz, consciente de sua atividade ao umbral das partes, revela-se um comprometido agente em cooperação com o autor e o réu para solução da questão posta em juízo (*thema in decidendum*).

⁵³⁷ NEVES, **Mandato de Segurança**, p.1316

⁵³⁸ NEVES, **Mandato de Segurança**.

⁵³⁹ Dando notícia de que essa concepção de pleito civil *lato sensu* está sendo propalada pela Corte Européia de Direitos Humanos – Strassburg – caso Golder c. Reino Unido, 21 de fevereiro de 1975, cf. TARZIA.. **L’art. 111 cost. e le garanzie europeee del processo civile**, p.162-163. Cf. BERGER, Vincent. **urisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme**, 7 ed. Paris: Dalloz, 2000.

⁵⁴⁰ De muitas passagens ressaltam-se as seguintes: “O caráter discricionário de uma função não legitima senão os atos ditados pela natureza dos fins. A discricção legal no uso de uma atribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ela competências, que ela naturalmente não abrange...O arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição autoriza, o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais, ou coletivos, que a própria Constituição garante.” BARBOSA. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo**, 2ed. Rio de Janeiro: Atlantida, p. 142-143.

⁵⁴¹ Os funcionários públicos nos Estados Unidos, escreveu Tocqueville, são extremamente comprometidos com as suas funções e não se acham em posição superior a do cidadão comum, antes se colocam de forma cordeira como servidores do poder, que só detêm na medida que exercem as competência estabelecidas por lei e pela comunidade. TOCQUEVILLE, **Da democracia na América**, p. 157.

Trata-se de verificar que, no Estado Democrático de Direito, as competências públicas são plexos de autoridade atribuídos aos órgãos do Estado para que efetivem os poderes no atendimento do interesse público primário. Nesse sentido, “costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – **que competências são uma demarcação de poderes**. Esta forma de expressar é **imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências**.” Isso porque:

“ditas competências são atribuídas ao Estado, aos seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade*.” (MELLO)⁵⁴²

Portanto, além do ângulo ativo (exercício do poder) **compõem uma “situação de sujeição”, em prol de um terceiro, da coletividade que representam**. O poder tem caráter meramente ancilar, instrumental. Daí que:

“nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação. Estas, no Estado de Direito – onde ‘todo poder emana do povo’ (art. 1º., parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a ‘cidadania’ é um de seus fundamentos (art. 1º., II, da Constituição Federal) -, obviamente **não são instituídas em favor de quem as titularize**, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos.” (MELLO)⁵⁴³(

Daí decorre a vinculação do administrador ao **“necessário e suficiente” cumprimento do escopo legislativo**, sem nunca excedê-los.⁵⁴⁴ **O que diferencia o juiz do administrador é justamente o caráter jurisdicional de seus atos, como seu poder advém da jurisdição, ele não está vinculado à lei, mas pode, frente a provocação das partes e**

⁵⁴² MELLO, Curso de Direito administrativo, p.132

⁵⁴³ Id., Ibid., p.133

⁵⁴⁴ Exemplo claro e objetivo do valor positivo do princípio da legalidade. MELLO, Curso de direito administrativo, p. 133.

preservada a simetria na formação da decisão, ir além da lei ou mesmo contra a lei para a realização da Justiça (sempre vinculada essa, a noção já estabelecida de “pretensão de correção”).

Pode-se destacar, desde logo, alguns dos argumentos particularmente relevantes para legitimar a atuação do **Poder Judiciário** nas questões políticas:

- a) os **riscos de conflito com os demais poderes** não produzem graves conseqüências, comparando-se com as que poderiam advir da guarda da Constituição por poderes políticos *stricto sensu* (sentido representativo da democracia);
- b) o Judiciário **carece de força política direta**, não podendo atuar de maneira espontânea como os outros poderes, é necessário que um particular ou alguma outra autoridade solicite sua intervenção por meio de um processo (princípio da inércia);⁵⁴⁵
- c) o Poder Judiciário carece de meios materiais para executar suas decisões (o que também representa uma limitação de sua independência);⁵⁴⁶
- d) está vinculado ao **texto constitucional** e aos princípios **jurídicos** inerentes à prática jurisdicional (módulo processual jurisdicional, *infra*).

⁵⁴⁵ FIX-ZAMUDIO, Hector. **Veiticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965**. México: Unam, 1968. p.152.

⁵⁴⁶ SANTOS; MARQUES; PEDROZO. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, *passim*.

Corroborando com esta linha de pensamento, cabe aduzir, que a **força do corpo judicial** como órgão de justiça não se reduz aos meios de caráter material, dos quais efetivamente carece, mas, ao contrário, se apóia no **prestígio moral e na sua estrita imparcialidade, vinculados aos ditames da Constituição e aos princípios jurídicos inerentes à prática jurisdicional.**⁵⁴⁷

Assim, a inércia do Judiciário e sua vinculação à Constituição afastam prováveis acusações de que se estaria criando, com essa postura, um “**governo de juízes**”, uma “**judiciocracia**”, ou, como entendia Schmidt, uma excessiva “**politização da justiça**”.⁵⁴⁸ Mesmo sendo argumentos de ordem a limitar o controle precipuamente constitucional,⁵⁴⁹ essas leituras atingem toda a conformação do Poder Judiciário como Poder Político.⁵⁵⁰

Nessa toada, não se pode deixar de ressaltar a importância que teve, no Brasil, o pensamento jurídico de Rui Barbosa para a abertura e alargamento dos tradicionais institutos do *habeas corpus* e dos interditos possessórios na defesa dos direitos civis do cidadão contra o poder público. A doutrina do “*favorabilia amplianda*”⁵⁵¹ propugnada pelo eminente jurista, utilizando-se de uma “brecha” na redação original do *habeas corpus*, que não mencionava expressamente, no texto constitucional, os termos “prisão” e “liberdade de locomoção”, teve adoção pelo Supremo Tribunal Federal e, no embate de poderes, forçou posterior alteração restritiva pela Reforma Constitucional de 1926.

⁵⁴⁷ FIX-ZAMUDIO, Veiticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965, p.153.

⁵⁴⁸ Id.,Ibid., p. 152.

⁵⁴⁹ Id.,Ibid., p. 152.

⁵⁵⁰ Não se pode esquecer da “legalidade ampliada” (devido processo legal substancial e moralidade administrativa) a que estão adstritos os atos de poder por força do art. 5º, LIV, e mormente a administração pública *ex vi* art. 37, *caput*, da CF/88.

⁵⁵¹Na expressão e tradução integral, “*Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”: Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.” Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e aplicação do direito**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Apesar da restrição o instituto voltou renovado pelo *writ* mandado de segurança. Reconhece-se assim a expressão dessa garantia de controle pelo Poder Judiciário traduzida pela jurisprudência da Corte Européia dos Direitos Humanos como a impossibilidade de afastar *tout court* em matéria civil a jurisprudência dos tribunais de maneira prévia por alegada ausência do direito: “*en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d’accéder aux tribunaux*”.⁵⁵² Ou seja, reconhecimento explícito pela Corte de que os remédios precedem os direitos, já que cabe ao judiciário afirmar ou não a sua existência no caso concreto.

3.4.2 O Judiciário e os Modelos de Estado: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático Constitucional de Direito

Como afirma o Santos, em texto concebido como quadro teórico do projeto “observatório do Judiciário”, voltado para a investigação dos Tribunais e suas práticas na sociedade portuguesa, a preocupação do Judiciário com questões de cunho político e a sua importância pública na vida do cidadão foram extremamente notáveis ao longo do nosso século.

p.247. A aplicação do preceito interfere em todo o discurso elaborado no presente trabalho.

⁵⁵² A mesma sentença (*Golder v. Reino Unido*), por outro lado, não afastou a possibilidade de ocorrerem limitações implícitas ao direito de acesso aos tribunais, que, como todo o direito humano, não é tampouco absoluto. Cf. <http://www.dhcour.coe.int>. Cf. TARZIA, L’art. 111 cost. e le garanzie europeee del processo civile, 162.

Basta recordar: os tribunais da República de Weimar, logo depois da revolução alemã (1918) e os seus critérios duplos de punição da violência política da extrema direita e da extrema esquerda; o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e o modo como tentou anular a legislação do New Deal de Roosevelt, provocando a tentativa de “empacotamento da Corte” pelo executivo; os tribunais italianos que, já no último quarto do século passado, através do “uso alternativo do direito”, procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; o Supremo Tribunal do Chile e a tentativa de impedir o processo de nacionalizações levado a cabo por Allende no princípio da década de 70.⁵⁵³ Contudo, existe uma **diferença substancial** entre essas crises do Judiciário do passado e **o papel de agente político progressista** que ele começa a desenvolver no presente. Hoje o Judiciário está configurado para atender as demandas de interesse social de forma mais acurada do que em qualquer outro momento da História.

Por exemplo, no Brasil tem-se a jurisprudência em direito de família do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a jurisprudência sobre relações homoafetivas,⁵⁵⁴ a jurisprudência sobre o direito do consumidor do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à alimentação (mínimo existencial)⁵⁵⁵ e direito à saúde.

⁵⁵³ SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 29.

⁵⁵⁴ Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; et alli. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

⁵⁵⁵ Cf. o julgamento da ADPF 45 na qual o STF afirmou garantindo o mínimo existencial frente ao princípio da reserva do possível em condições extremas: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (**razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado**) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. **É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais**, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo

Tratam-se de políticas públicas que se relacionam intimamente com os direitos humanos fundamentais do cidadão brasileiro e que não obedecem a uma ou outra orientação político partidária *a priori*.

Nesse sentido afirma Santos que em contraste aos modelos anteriores, o protagonismo dos tribunais em tempos mais recentes aparece **sem favorecer, necessariamente, agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas**. Assenta-se, por outro lado, em um entendimento ampliado e aprofundado do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a **reconstitucionalização do direito ordinário** como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos.⁵⁵⁶ No entanto, o novo protagonismo judiciário partilha com o anterior uma característica fundamental: **traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano**, nomeadamente com o Poder Executivo.⁵⁵⁷

Santos segrega, então, três grandes períodos do significado sóciopolítico da função judicial nas sociedades modernas, quais sejam: o período do Estado Liberal, o do Estado Providência e o período atual, da crise do Estado Providência (Estado Democrático de Direito).

Pode-se traçar, forte na pesquisa citada, um quadro global desses períodos, observando a conduta da função judicial nos países centrais.

comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á**, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.**” Conforme noticiado no Inf. STF 345, ADPF 45, Relator Ministro CELSO DE MELLO, acórdão pendente de publicação.

⁵⁵⁶ SANTOS; MARQUES; PEDROZO. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p.30.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

3.4.2.1 O Judiciário no Estado Liberal

O período do Estado Liberal cobre todo o século XIX, prolongando-se até a 1ª Guerra Mundial. Foi particularmente importante para a “**consolidação do modelo judicial moderno**”, que se caracteriza pelas seguintes premissas ideológicas:

- a) **Teoria da separação dos poderes**, em que, teoricamente, o Poder Legislativo assume a precedência e o Poder Judicial resta, na prática, “politicamente neutralizado”;
 - b) **Ascensão do princípio da legalidade** e da “subsunção racional-formal”, que veda a decisão *contra legem*, fazendo com que os tribunais se movimentem em um “quadro jurídico-político pré-constituído”;
 - c) O **Poder Judiciário representa um papel apenas reativo**, só atuando quando provocado e nos limites de provocação autorizados pela lei;
 - d) Os **litígios são individualizados** no sentido de terem contornos definidos por estritos critérios de relevância jurídica (legalidade) e de ocorrerem entre
-

indivíduos, só revertendo seus resultados para os litigantes (coisa julgada *intra partes*), trata-se da “microlitigiosidade interindividual”;

e) Total **prioridade do princípio da segurança jurídica**, ou seja, “a insegurança substantiva do futuro é assim contornada, quer pela securização processual do presente (a observância das regras do processo), quer pela securização processual do futuro (o princípio do caso julgado)”;

f) A **independência dos tribunais resta restrita e isolada no império da lei**, na proteção da liberdade como vínculo negativo e como uma “prerrogativa da não-interferência”, mantida a **dependência financeira, de efetividade dos provimentos (poder desprovido de força) e administrativa**.⁵⁵⁸

Contudo, esse período foi suplantado com a emergência da questão social.⁵⁵⁹ Sem que o Poder Judiciário tenha efetivamente tomado grande participação nas lutas políticas e sociais que resultaram na ruptura do Estado Liberal, até porque restrito ao modelo anteriormente desenhado.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ SANTOS; MARQUES; PEDROZO. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. p. 32-33.

⁵⁵⁹ “Esse período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da Revolução Industrial e, com ele, a ocorrência de maciços deslocamentos de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada etc.). Tudo isso deu origem a uma explosão de conflitos sociais de tão vastas proporções que foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época.” SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 33.

⁵⁶⁰ Os tribunais restaram passivos: “confinados como estavam à administração da justiça retributiva, tiveram de aceitar como um dado os padrões de justiça distributiva adotados pelos outros poderes.” Ibid.

3.4.2.2 *O Judiciário no Estado Social (Providência)*

Sucedem então o período do Estado-Providência, consolidado efetivamente nos Estados europeus no momento posterior ao término da Segunda Guerra Mundial. Suas características essenciais são:

- a) O **colapso da teoria da separação dos poderes**, com o surgimento de um **centralismo no Poder Executivo** (que no Brasil sempre existiu desde a primeira República, e mesmo antes, no período colonial e imperial, como herança das tradições reinícolas de Portugal);
- b) **Inflação legislativa**, por força do novo instrumentalismo jurídico. Conseqüentemente, descodificação e o fim da coerência do sistema jurídico;⁵⁶¹
- c) Uma forte **presença de um conteúdo promocional do Direito**, provocando a juridificação da justiça distributiva, proteger juridicamente passa a ter, ao lado do clássico sentido negativo, um sentido positivo. Nesse sentido o Estado assume a gestão da tensão entre “justiça social e igualdade formal” que ele próprio criou, no momento anterior;

d) **Surgimento e proliferação de novos direitos**, em especial direitos coletivos. Isso porque: “a distinção entre litígios coletivos torna-se problemática na medida em que os interesses individuais aparecem, de uma ou outra forma, articulados com interesses coletivos”.⁵⁶²

Com toda essa carga argumentativa decorrente das alterações do Estado **muda o significado sócio-político dos tribunais**, surgem “novos campos de litigação”. Nesse contexto floresce **o movimento internacional pelo acesso à Justiça**.⁵⁶³ Decorre daí uma importante conclusão: **estava definitivamente comprometida a simbiose entre independência dos tribunais e neutralização política**.

Como correlato dessa conclusão, **os tribunais começaram a ser avaliados pelos efeitos extrajudiciais de suas decisões, criando um dimensão prospectiva do direito** (a jurisprudência educativa e correcional) e uma resistência do executivo a ingerência dos tribunais nas matérias de Estado e econômicas (doutrina da restrição judicial – *judicial restraint*).

Nesse quadro os tribunais precisavam decidir se atuavam, tornando-se “socialmente relevantes” ou se continuariam a repetir o modelo do Estado anterior, sem aceitar sua função promocional e conseqüentemente abrindo mão de sua cota-parte de responsabilidade social e política decorrente da vinculação mais estreita do direito ordinário à Constituição.

⁵⁶¹ Trata-se do fim do “mundo da segurança”. Sobre o tema cf. IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

⁵⁶² SANTOS; MARQUES; PEDROZO, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 34.

⁵⁶³ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à Justiça*, *passim*.

Não se tratava de opção simples, os tribunais corriam o risco de sofrer pressões por parte dos demais poderes (Legislativo e Executivo), nomeadamente na: “nomeação de juizes para os tribunais superiores; controle dos órgãos do poder judicial; gestão orçamental.”⁵⁶⁴

O alarme é preciso: “**a independência dos tribunais só se tornou uma verdadeira e importante questão política quando o sistema judicial, ou alguns dos seus setores, decidiu optar pela segunda alternativa**”.⁵⁶⁵

Contudo, nos países em que o Judiciário resolveu assumir o protagonismo ativo de seu papel promocional foi obrigado a romper com os padrões de segurança jurídica baseados em uma lógica jurídico-formal e com isso “foi necessário aprofundar o vínculo entre a Constituição e o direito ordinário por via do qual se legitimaram decisões *prater legem* ou mesmo *contra legem*, no lugar das decisões restritivas, típicas do período anterior.”⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p.35.

⁵⁶⁵ (Ibid.) Trata-se de experiência recente para os brasileiros a reforma do judiciário e as pressões sofridas para atentar contra a independência do Poder. O texto aprovado, contudo, não revela grandes prejuízos à sociedade, porém não se sabe ao certo a extensão dos danos causados para a composição política de sua redação final. Leia-se os artigos 103-A (súmulas vinculantes) e 103-B (Conselho Nacional da Magistratura). Boaventura refere que os países centrais que adotaram a postura de comprometimento foram justamente aqueles em que os movimentos sociais eram mais articulados e participaram com papel decisivo na judicialização dos litígios, por exemplo, a questão racial, educacional, habitacional nos EUA nos anos 60 e a “magistratura democrática” na Itália da década de 70. Sobre a responsabilidade do juiz e suas várias facetas históricas consultar: GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **La responsabilità del giudice**. Milano: Giuffrè, 1995.

⁵⁶⁶ SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 36. Não se pode deixar de notar que os tribunais foram levados a tomar um papel ativo também no confeccionar soluções para os casos em que não havia o direito subjetivo decorrente da constitucionalização de princípios jurídicos: “a mesma constitucionalização ativa do direito ordinário levou por vezes os tribunais a intervir no domínio da inconstitucionalidade por omissão, quer suprimindo a falta de regulação de leis, quer pressionando para que ela tivesse lugar.” (Ibid). No Brasil, contudo, a jurisprudência do STF continua

3.4.2.3 O Judiciário no Estado Democrático Constitucional: a Crise do Estado Providência

O último período de análise, chamado por Santos de crise do Estado-Providência começa no final da década de 70 e se estende até hoje (sempre lembrando que esses arquétipos são pensados em relação aos países centrais). Suas características são as bens conhecidas: alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho, revoluções tecnológicas e problemas relacionados a empregabilidade, fusão do neoliberalismo com o credo desregulamentador da década de 80 e emergência de uma política de globalização hegemônica.⁵⁶⁷ Aproveita-se o ensejo para classificá-lo, dentro do quadro da vitória da democracia liberal-representativa,⁵⁶⁸ como Estado Democrático Constitucional, apontando, também, a constitucionalização dos direitos como um fenômeno correlato a essa democratização.

As características dessa fase determinam o seguinte significado sócio-político dos tribunais:

- a) Uma “**sobrejuridificação**”, com o **aprofundamento da perda de coerência e de unidade dos sistemas jurídicos, com desregulamentação e regulamentação excessiva** em sentidos contraditórios, com a superveniência da nova *lex mercatoria* para dar conta dos litígios internacionais gerados com a globalização da economia;

limitando a categoria de exortação ao Poder Legislativo o mandado de injunção e esquivando-se de qualquer criação positiva sob o pálio da doutrina do “legislador negativo”.

⁵⁶⁷ Cf. SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 37.

⁵⁶⁸ FERREIRA FILHO, **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, p. 217.

b) Aumento da “**judicialização rotinizada**”, decorrente da **massificação dos litígios**, e sua nefasta conseqüência “os juizes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.”;⁵⁶⁹

c) Emergência de uma “**legalidade negociada**” com o surgimento nas litigações civis de **princípios constitucionais** com caráter normativo, aumento do número de **conceitos jurídicos indeterminados**, do uso de **normas programáticas e cláusulas gerais**, bem como, de **normas de fechamento**. Acrescente-se o surgimento de litígios altamente complexos que exigem conhecimentos técnicos específicos e uma formação jurídica com a qual os juristas não estavam acostumados. Desse caldo de cultura decorre que: “a impreparação dos magistrados, combinada com a sua tendência a se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse nesses litígios altamente deficiente, o que de alguma maneira contribuiu para a erosão da legitimidade dos tribunais enquanto mecanismos de resolução de litígios”;⁵⁷⁰

d) **Surgimento da litigação ambiental e consumerista** em função da alta organização dos movimentos sociais que estão na sua base com a obtenção de resultados positivos no Judiciário em razão dessa mobilização;

⁵⁶⁹ Surge a questão dos *repeat players*, tendente a demonstrar até que ponto o aumento do acesso à Justiça revela-se responsável pelo acesso de mais pessoas ao Judiciário ou o uso mais recorrente e intensivo dos mesmos litigantes. SANTOS; MARQUES; PEDROZO, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 38.

⁵⁷⁰ SANTOS; MARQUES; PEDROZO. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, p. 38.

e) **Crise da representação política e aumento da corrupção política**, que se alastra mais rapidamente nas sociedades democráticas nas quais há pulverização do poder, decorrente do “afrouxamento das referências éticas no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos”.

A correção dessas deficiências é possível com o aumento de participação do cidadão. Nesse sentido deve-se repisar que a democracia constitui, ela mesma, um elemento fundamental na ultrapassagem dos modelos de Estado Liberal e Social. Trata-se da assunção e do reconhecimento de que as dimensões dos direitos humanos são essenciais ao regime democrático e que esse regime democrático só é possível com o respeito aos direitos humanos. No contexto, tem-se que a idéia de uma democracia renovada pelos influxos do constitucionalismo contemporâneo e pós-positivista é, necessariamente, a democracia do Estado de Direito dos Direitos Humanos (tendencialmente universalizáveis e, portanto, para além dos direitos fundamentais estatais). Essa democracia é a síntese do processo de evolução global da história dos direitos e serve de baliza para sua manutenção e progresso para o futuro. Não é apenas uma conquista dos povos ocidentais, mas certamente é o prelúdio de um trabalho em formação, uma obra inacabada em construção.

Nesse sentido, impõe-se a ressalva que a universalização dos direitos humanos deve ser tocada no paradigma fraco desses direitos, com a crescente internalização de seus *standards* mínimos e com o máximo cuidado para evitar o choque cultural, que afasta a raiz

de toda a troca humana. Nesse sentido a relação entre a “ontologia fraca” do “*pensiero debole*” e a tolerância para com o próximo e para com o diferente, o “pluralismo tolerante”.⁵⁷¹

O papel da racionalidade prática procedimental é decisivo nesse jogo de composição de forças, assim como o papel da tópica na identificação e formação de um *status* inteligível e racionalizável da questão. O processo jurisdicional, entendido como procedimento em contraditório (módulo processual) que se movimenta no âmbito da jurisdição, pelas próprias características do discurso processual, possibilita aos contendores um espaço privilegiado de discussão, no qual o requisito da pretensão de correção representa o controle pelos participantes e pela sociedade (presente e futura) de que se busca uma “solução ótima” para a aporia fundamental de Justiça.

⁵⁷¹ Nisto implicada uma concepção filosófica ligada à pós-metafísica e ao historicismo renovado que podem ser aferidas na seguinte passagem: “Como a teoria da modernidade – no sentido objetivo e subjetivo do genitivo – a **hermenêutica** poderia recuperar também, ao menos em parte, os dois sentidos principais que a racionalidade teve na tradição moderna, qual seja, **o sentido ligado às ciências positivas e o sentido histórico. Quanto às ciências**, elas poderiam ser consideradas, não tanto como modos de levar ao extremo o esquecimento metafísico do ser, mas, sobretudo, **como condição junto a tecnologia de uma transformação do sentido do ser em direção de seu dar-se pós-metafísico. O mundo da objetivação científica** – como Heidegger mostra, por exemplo, nas páginas do ensaio sobre *A época da imagem do mundo* – **é também o mundo em que, por uma espécie de processo inflacionário** (as imagens se multiplicam e se evita a pretendida objetividade), **a qualificação**, ou *Wesen*, **metafísica do ser tende a dissolver-se**. Quanto à **racionalidade histórica**, é até demasiado claro que o modo de argumentar a validade da hermenêutica tem muito a ver com o historicismo. **Ao contrário do historicismo metafísico do século XIX (Hegel, Comte, Marx), a hermenêutica não pensa que o sentido da história seja um ‘fato’ que se trata de reconhecer, favorecer e aceitar** (como uma última realidade metafísica), **o fio condutor da história aparece e se dá apenas no ato interpretativo que se consolida no diálogo com outras possíveis interpretações e que, em última análise, contribui para modificar a situação de fato, de modo a tornar a interpretação ‘verdadeira’**. Cf. VATTIMO. Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia.

3.5 TRÊS MODELOS NORMATIVOS DE DEMOCRACIA: O MODELO LIBERAL, O MODELO COMUNITARISTA E O MODELO DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

Como foi salientado no início do texto, as posições normativas da democracia são intimamente ligadas à distribuição do poder no processo. Nesse sentido as propostas das duas posições dominantes e antagônicas, o liberalismo total, com a conseqüente inatividade do juiz, ou o processo social, com a prevalência dos interesses sociais, e o decorrente ativismo judicial para atingir esse fim, mostraram-se insatisfatórias para dar conta das complexidades do Estado Democrático de Direito.

A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima da cooperação” como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo.

Analisar-se-á, aqui, os três modelos normativos de democracia propostos por Habermas.⁵⁷² O modelo liberal, o modelo republicano (*rectius*: comunitarista) e o modelo deliberativo-procedimental. Esse último é oferecido por Habermas como uma articulação entre o liberalismo e o comunitarismo por meio da teoria do discurso, reduzindo as tensões entre as opções liberais e comunitaristas de discurso.

⁵⁷² HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p. 39-54,

Em síntese, a teoria deliberativo-procedimental propõe conservar o direito liberal de formação da vontade política, mas condicionado a um correlato direito comunitário de estruturação da sociedade em um Estado de Direito. Garante, assim, a relação entre as duas concepções da vida política, a partir de meios institucionalizados de debate que pretendem preservar os processos comunicativos de tomada de decisão e implementação de políticas-públicas.

De outra sorte, reagindo à “teoria da elite”, afirma que a democracia não depende do preparo da comunidade para o debate, mas da **“institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos.”**⁵⁷³

Frisa-se que se revela imprescindível a percepção de que a teoria do discurso procura trabalhar pela **institucionalização** dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos, afastada qualquer condição estrutural prévia e elitista para a prática democrática,⁵⁷⁴ ou seja, uma racionalidade prática procedimentalmente fundada.

⁵⁷³ Nesse sentido: “a teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede **lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum**, mas **sem entender como algo secundário a estruturação em termos de Estado de Direito**. Em vez disso, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como **uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático**. A teoria do discurso **não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação**, mas sim da **institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos**.” HABERMAS, **Três modelos normativos de democracia**, p. 47.

⁵⁷⁴ Trata-se, portanto, de um repúdio expresso a qualquer teoria elitista da democracia e as vertentes procedimentais que exigem uma estrutura prévia para o exercício democrático. José Afonso da Silva identifica esta corrente com a “doutrina da segurança nacional” do regime militar brasileiro. Qual seu significado sintético: compete as elites a tarefa de promover o bem comum (sic.). Seu objeto: ser inerente à “desconfiança do povo” e a sua intrínseca incompetência. Os pressupostos dessa doutrina elitista são: 1) o povo precisa ser preparado para a democracia; 2) a democracia pressupõe certo nível de cultura; 3) certo amadurecimento social; 4) certo desenvolvimento econômico; 5) reclama que o povo seja educado e esteja pronto para ela. Na base dos fundamentos doutrinários está a luta pelo “voto de qualidade e restritivo.” SILVA, **Curso de direito constitucional Positivo**, p. 127. Como partidário da democracia elitista tem-se o constitucionalista paulista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, para quem a “democracia que é possível na realidade consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum.” Cf. FERREIRA-FILHO, **A democracia possível**, p. 29.

Se não é falsa essa percepção, o debate revela-se o mais importante da contemporaneidade e suas implicações político-filosóficas e jurídicas estão apenas superficialmente marcadas, até o momento.⁵⁷⁵

Para Habermas os modelos liberais e comunitaristas têm vantagens e desvantagens e exigem uma alternativa que consiga combinar essas vantagens. A desvantagem do modelo comunitário, mais difícil de identificar em um discurso social do direito, está no **“estreitamento ético dos discursos políticos”**, enquanto fornece o aspecto **positivo de uma auto-organização** da sociedade por cidadãos unidos comunicativamente, **evitando que os fins coletivos sejam o resultado das opções individuais por interesses privados**. Ao contrário, é exatamente a prevalência dos interesses atomizados em detrimento dos objetivos sociais que ressalta no modelo normativo liberal, ou seja, do arranjo dos interesses privados conflitantes incorre a desvantagem do **“idealismo excessivo que há em tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos orientados para o bem comum”**.⁵⁷⁶

Esse risco é muito alto para o Estado Democrático de Direito e pluralista, como diagnosticou Habermas:

⁵⁷⁵ Nos pólos extremos e contrapostos tem-se, de um lado, os liberais, na correta expressão “o primado da autonomia privada” (DOBROWOLSKI), identificados em Locke, Lamore, Dworkin, Berlin e Bellamy, e ainda os radicais Nozick e Hayek representantes do anarco-liberalismo - Estado mínimo e livre mercado ((DOBROWOLSKI, **O pêndulo da democracia contemporânea**, p. 92).); e, do outro, os comunitaristas, “o primado da autonomia pública”, esposando como idéia fundamental o **consenso ético compartilhado**, a exemplo de Rousseau, Taylor, Walzer, Raz, Sunstein, Oakshott, Gutmann, Michelman, Perry, MacCormick, Bellah, Etzioni e ainda, radicalmente, negando os postulados da democracia moderna, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre, vinculados a uma interpretação aristotélica do bem e a prevalência da ética à política, portanto, vocacionada a atingir uma comunidade com uma “visão moral única”, rejeitando o pluralismo liberal (Cf. DOBROWOLSKI, **O pêndulo da democracia contemporânea**, p. 116.). Mais próximos, como comunitaristas defensores do “*consensus*”, entendido como acordo sobre as bases políticas, temos, no direito brasileiro, Cesar Saldanha de Souza Junior e Luis Fernando Barzotto (Cf. BARZOTTO. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 73 e ss.).

“em situações de pluralismo cultural e social, por trás das metas politicamente relevantes muitas vezes **escondem-se interesses e orientações valorativas que de modo algum podem-se considerar constitutivos da identidade da comunidade em seu conjunto**, isto é, de uma inteira forma de vida compartilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações valorativas, que **entram em conflito sem perspectiva de consenso**, necessitam de um equilíbrio ou de um compromisso que **não é possível alcançar-se mediante discursos éticos**, ainda que os resultados se sujeitassem à condição de não transgredir os valores básicos consensuais de uma cultura”(HABERMAS)⁵⁷⁷.

Daí porque o equilíbrio só se torna possível em um quadro institucional que constringe a “disponibilidade para a cooperação”, marcada por “regras do jogo” previamente delimitadas e objetivando resultados não-conceituais, na medida em que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes.⁵⁷⁸

Para tanto, é necessário observar uma “**pluralidade de formas de comunicação**”, e não só a autocompreensão ética, o equilíbrio de interesses e compromissos, a relação entre os meios e fins, justificada moral e juridicamente em um discurso coerente. Esses **meios precisam ser institucionalizados** de forma a **garantir o espaço deliberativo**. É justamente aí que aparece o terceiro modelo sugerido por Habermas:

“o terceiro modelo de democracia, que eu gostaria de defender, apóia-se precisamente nas **condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais**, porque nele o modo e o estilo da política

⁵⁷⁶ HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p. 44.

⁵⁷⁷ HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p.44

⁵⁷⁸Conforme Habermas: “esse equilíbrio de interesses se efetua em forma de compromisso entre partidos estribados em potenciais de poder e em potenciais de sanção. As negociações desse tipo pressupõem, certamente, **a disponibilidade para a cooperação**: a saber, a disposição de, respeitando as **regras do jogo**, chegar a resultados que possam ser aceitos por todas as partes, ainda que por razões distintas. Mas **essa obtenção de compromissos não se efetua de na forma de um discurso racional que neutralize o poder e exclua a ação estratégica**. A despeito disso, a **equidade dos compromissos é medida por condições e procedimentos** que, por sua vez, **necessitam de uma justificatificação racional (normativa) com respeito a se são justos ou não**. Diferentemente das questões éticas, **as questões de justiça não estão por si mesmas referidas a uma determinada coletividade**. Pois, para ser legítimo, **o direito politicamente estabelecido tem pelo menos de guardar conformidade com os princípios morais que pretendem ter validade geral para além de uma comunidade jurídica concreta**.” Cf. HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p. 44-45.

deliberativa realizam-se em toda a sua amplitude.”
 ”.(HABERMAS)⁵⁷⁹

Trata-se de procurar e identificar a **ação orientada para o entendimento como conteúdo normativo do fundamento de validade dos discursos**, uma ação condicionada pelo compromisso performativo de atingir o maior grau de Justiça.⁵⁸⁰ Ou seja, **durante o processo de formação da decisão é que se identificam os elementos para composição da solução normativa**, uma ação voltada para o entendimento que procura **conciliar os direitos liberais**, com a **eticidade concreta** de uma determinada comunidade e com a **noção de Justiça**, aqui identificada, por nós, com a “pretensão de correção” (ALEXY).

Uma cultura institucional capaz de, independentemente do consenso, fornecer um ato final, um ato decisório, do qual as partes interessadas tenham tido a possibilidade de participar na formação influenciando e debatendo efetivamente todos os tópicos relevantes do *thema in decidendum* (auxiliando inclusive na identificação correta dos “problemas” apresentados à solução). Tudo em contraditório, no máximo grau possível de igualdade com a autoridade decisória.⁵⁸¹

Sobre efetividade e a validade do direito nesse novo modelo pondera Habermas, com razão, que existe uma “relação conceitual intrínseca” entre lei, seu império e a democracia. Essa relação também se dá entre igualdade de fato e igualdade legal, isso porque: “cabe

⁵⁷⁹ Id., Ibid., p.45

⁵⁸⁰ Daí que: “A teoria do discurso toma elementos de ambas as partes e os integra no conceito de um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões. Esse procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questão de justiça, e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtêm-se resultados racionais e equitativos. Conforme essa concepção **a razão prática** se afastaria dos direitos universais do homem (liberalismo) ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade (comunitarismo) para se **situar naquelas normas de discurso e de formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo do fundamento de validade da ação orientada para o entendimento**, e, em última instância, portanto, da própria estrutura da comunicação lingüística.” HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p. 46.

assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos.”⁵⁸² Para tanto, contemporaneamente devemos adotar o paradigma procedimental do discurso para regular a normatividade democrática já que “a concepção procedimental é tão incompatível com a **idéia platônica de que a lei positiva pode retirar sua legitimidade de uma lei mais elevada** quanto com a **negação positivista de qualquer legitimidade para além da contingência das decisões legislativas**”.

Renega-se, assim, ao abstracionismo do direito natural (quer fundado na razão *a priori*, quer na concepção religiosa), ao abstracionismo do direito positivo (toda a validade deriva da norma posta com sentido unívoco) e a racionalidade prática material fundada em uma determinada concepção de bem, porque essa deve ser colocada como argumento válido dentro do módulo discursivo.

Esse modelo tem a sensível vantagem de afastar as resistências que se poderiam opor no campo do direito processual civil a um processo das partes (modelo liberal, identificado com o *adversary system* da tradição de *common law*) ou a um processo social (modelo comunitário, identificado como o processo soviético e com o nacional-socialismo). No processo, o modelo procedimental-deliberativo, se dá por meio dos postulados da máxima da cooperação (*KooperationMaxime*) e do “formalismo valorativo” (ALVARO DE OLIVEIRA),⁵⁸³ no qual a forma é entendida em sentido amplo. Pretende-se, assim, que a valorização desses postulados auxilie ao jurista na tarefa de, em contraditório, argumentar segundo a pretensão de correção.

⁵⁸¹ Trata-se do já referido modelo de autoridade cooperada para implementação das políticas-públicas descrito por DAMASKA, *The Faces of justice*, op. cit. Para o desenvolvimento prático dessa idéia nos processos judiciais e no direito positivo alienígena cf. CABRAL, *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*, op. cit.

⁵⁸² HABERMAS, *Três modelos normativos de democracia*, p. 51. (excertos selecionados da segunda edição de *Faktizität und Geltung* e colocados no adendo ao texto original pelo tradutor, Id., p. 50, *in fine*).

⁵⁸³ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*.

4 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO DO MÓDULO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA JURISDIÇÃO CÍVEL

Avançou-se bastante, conseguindo mostrar a importância da racionalidade prática procedimental para substituir os juízos teóricos puros (racionalidade teórica) e os juízos indutivos que partem de premissas fixas (racionalidade prática material). Por outro lado, estabeleceu-se ponto de observação na relação entre processo e política, apontando a superação das noções exclusivistas, e excludentes reciprocamente, do Estado Liberal e do Estado Social, superação essa pelo modelo deliberativo procedimental de democracia do Estado Democrático Constitucional.

Porém, para dar continuidade e coerência ao processo de recepção do direito processual constitucional no Brasil, híbrido do *common law* e do *civil law*, é preciso bem circunscrevê-lo e identificá-lo, como se fará agora.

O direito processual constitucional ainda não constitui disciplina própria, ramo do Direito. Em verdade não se pretende mesmo que venha a constituí-la um dia. Isso porque o processo constitucional está mais afeiçoado ao âmbito da introdução ao estudo do processo (“teoria geral”),⁵⁷⁸ como norte e linha de conformação dos institutos processuais, quer no processo civil, principal ramo do processo, em que à falta de expedientes específicos vêm beber, como fonte subsidiária, todos os demais,⁵⁷⁹ quer no processo penal, trabalhista, e até mesmo, naquilo que couber, nos processos extrajudiciais.

Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore,⁵⁸⁰ não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Constitucional os conforma e justifica.

Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática, e o processo civil, legislado infra-constitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. **Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei.** Esse é um **falso paradoxo**. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional.

⁵⁷⁸ Guerra Filho prefere “introdução ao estudo do processo” (cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 8, nota 4). A nós parece acertada esta escolha, opondo uma contraposição a uma teoria geral do direito material, abstrata e *a priori*.

⁵⁷⁹ FAZZALARI, **Istituzioni di diritto e processuale**, p. 71. O discurso unitarista não é levado em consideração aqui. Até mesmo pelas fortes resistências que lhe poderiam ser opostas. O que se busca é uma constatação: a matéria processual constitucionalmente assegurada revela-se norte dos sistemas atinentes aos ramos do Direito e até mesmo ao processo extrajudicial (v.g. art. 5º, LIV, princípio do devido processo legal). Quanto à posição privilegiada do processo civil em relação aos demais foi, com razão, afirmado por Merryman: “Así como el derecho civil es el meollo del derecho sustantivo en la tradición del derecho civil, el procedimiento civil es el meollo del derecho procesal”, MERRYMAN, **La tradición jurídica romano-canónica**, I, p. 209.

⁵⁸⁰ BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**, p.35.

Trata-se de uma evidente homenagem à unidade do ordenamento jurídico, que no Estado Constitucional revela-se na: **unidade da Constituição**.

Nos Estados atuais, com a inflação legislativa e com as complexidades originadas pela riqueza e multiplicidade das situações sociais contemporâneas, as Constituições representam um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores do ordenamento jurídico decorrentes do “legislador motorizado” (tecnicizado e mecanizado), fazem isso pela previsão de um direito mais “alto” e “dotado de força obrigatória inclusive para o legislador”.⁵⁸¹ Esse direito é o núcleo e o conteúdo da Constituição.

Contudo, não se deixe de observar o mais importante, a novidade, está representada não pela existência de uma ordem superior linear (que de resto era comum também ao despotismo esclarecido e aos regimes totalitários),⁵⁸² mas de uma ordem caracterizada pela divisão dos aspectos do Direito antes reduzidos à Lei, uma ordem em que têm papel relevante a lei, os direitos fundamentais e a justiça.

⁵⁸¹ ZAGREBELSKY. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, 3 ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 39.

⁵⁸² Como bem expressa Zagrebelsky: “Si pensásemos, mediante una transposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución.” A unificação de sentido da Constituição não se revela, portanto, meramente linear e dedutiva. Cf. ZAGREBELSKY, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, p. 40. A preocupação de Zagrebelsky fica bem clara na sua visão de direito como razão pluralista, realizada na medida do possível, “La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se denomina “razonabilidad” y alude a la necesidad de un espíritu de “adaptación” de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan” daí a relevância que concede ao conceito de equidade: “equidad, es decir, de adecuación a los casos sobre los que estaba llamado [o direito] a incidir”. ZAGREBELSKY, **El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia**, p. 147-148.

Nesse sentido deve-se explorar o “direito processual constitucional” em sua capacidade emancipatória e unificadora de realização da justiça (como aporia fundamental do direito). Na doutrina, a denominação supra proposta encontra subdivisão, de ordem “didática” (*sic.*) em: **direito constitucional processual** (dedicado aos princípios constitucionais processuais) e **direito processual constitucional** (dedicado à matéria propriamente processual, como a jurisdição constitucional, *v.g.*, mandado de segurança, ação direta de constitucionalidade, etc.).

Esta distinção se mostra meramente “metafórica”;⁵⁸³ portanto, mesmo que acobertada sob o pálio de “didática” revela-se desnecessária e deve ser repudiada frente à possibilidade de mitigação da importância do tema e sua diluição em discussões meramente terminológicas, de menor importância.⁵⁸⁴ Por outro lado, a divisão estanque representa mais um elo na cadeia de raciocínios do paradigma anterior. Olhando bem, vê-se que a separação procura deixar claro que parte do direito é predominantemente processual (ações), parte é constitucional (princípios), reforçando a noção de que nem todo o processo é constitucional (*sic.*).

Por outro lado, no presente estudo propugna-se que o termo “*processo constitucional*” é preciso e suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais,

⁵⁸³ Cf. GUERRA FILHO, **Introdução ao direito processual constitucional**, p. 9.

⁵⁸⁴ Nesse sentido também corrobora a seguinte passagem: “Esta distinção [direito processual constitucional e direito constitucional processual] é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito Brasileiro, pelo menos pelas seguintes razões: Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’. Por outro lado, no Brasil, apesar de algumas vozes discordantes, o controle de jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro ‘**modelo constitucional do processo**’, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderando, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.” CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212.

as ações constitucionais, a jurisdição constitucional *stricto sensu* e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.⁵⁸⁵

Questão de monta: resta esclarecer qual a amplitude do *termo jurisdição constitucional*. A doutrina tem se posicionado ora pela sua amplitude máxima, jurisdição constitucional *lato sensu*, incluindo todas as ações constitucionais vocacionadas para a defesa dos direitos do cidadão e da coletividade, conferindo-lhes eficácia potenciada de instrumentos constitucionais,⁵⁸⁶ ora apenas com relação às ações voltadas ao controle de constitucionalidade das normas (jurisdição constitucional *stricto sensu*).

Adota-se a classificação jurisdição constitucional *lato sensu* por se entender vantajoso o comprometimento do sistema positivo com a eficácia potenciada das ações constitucionais. É relevante a sua menção no texto constitucional na medida em que lhes garante interpretação favoravelmente mais ampla (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*).⁵⁸⁷

O primeiro autor a adotar a posição ampliativa do conceito de jurisdição constitucional foi Cappelletti. A preocupação de Cappelletti em “**realizar de forma efetiva os direitos fundamentais**” o impeliu aos estudos dos institutos processuais que tivessem essa

⁵⁸⁵ Nesse sentido parece andar. Grinover (cf. GRINOVER, **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973). Para a autora, direito processual constitucional é o ponto de estudo mais relevante para o processualista: “entendo por este termo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (Id., p. 1). Assim: “Entre os princípios fundamentais da organização judiciária, enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular)” (Id., p. 2).

⁵⁸⁶ CAPPELLETTI. **La jurisdiccion constitucional de la libertad**. México: Imprensa Universitaria., p. 5.

⁵⁸⁷ “Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável” (cf. Maximiliano. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 247). A aplicação do preceito interfere de forma direta na postura do intérprete frente às garantias constitucionais; as limitações possíveis só podem ser colocadas no caso concreto, jamais pelo legislador ordinário.

potencialidade. Nesses estudos o autor italiano entendeu pela existência de **uma jurisdição constitucional** de

“um modo, diríamos, **diferenciado, reforçado**, diferente por sua **estrutura**, e fundamentalmente por seus **efeitos**, do que se **persegue nos juízos ordinários**. Esta diferença revela, portanto, a existência no âmbito da ‘jurisdição constitucional’ de um **tipo particular** de ‘**jurisdição constitucional das liberdades**’ (CAPPELLETTI).⁵⁸⁸

Desta forma, os dispositivos constitucionais que tratam sobre processo podem ser agrupados em:

- a) princípios e garantias constitucionais do processo (localizam-se, principalmente, no art. 5º e incisos, ex.: inciso LIV, devido processo legal);
- b) jurisdição constitucional *lato sensu*: que inclui a jurisdição constitucional das liberdades (são as ações que garantem instrumentalmente o exercício dos direitos, ex.: *habeas corpus* e mandado de segurança) e o controle judicial dos atos de poder frente à Constituição (controle difuso, ação direta

⁵⁸⁸ Assim no volume citado são estudados os instrumentos austríacos, alemães e suíços, referindo o autor aos estudos que desenvolveu em países estrangeiros sobre institutos anglo-saxões, mexicanos, espanhóis, brasileiros e de outros países da América Latina. CAPPELLETTI, **La jurisdiccion constitucional de la libertad**, p.5. Conferir, ainda, os seguintes autores que adotam a terminologia jurisdição constitucional das liberdades para as ações expressas na constituição: MARQUES.. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 23; NERY JUNIOR. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.21; GUERRA FILHO, **Introdução ao direito processual constitucional**, p. 7; GRINOVER, **As garantias constitucionais do direito de ação**, p. 2; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los tribunales constitucionales en iberoamérica**. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002. p. 52. Cabe nota sobre as posições divergentes: o Professor Heck, em monografia de grande fôlego sob orientação segura de Hesse, abordou duas perspectivas do tema, na concepção formal, entendendo que a jurisdição constitucional “é definida a partir do órgão que a exerce” e em sentido material como “o procedimento judiciário (ou arbitral), o qual conduz ao controle da constitucionalidade, objetivando garantir diretamente a observância da constituição” (cf. HECK. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para a compreensão da jurisdição constitucional federal alemã**. pp. 23/24). Em sentido mais estrito, entendendo jurisdição constitucional apenas como controle de constitucionalidade, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996 e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, que vê o próprio processo constitucional mais aproximado da jurisdição constitucional: “A origem do Processo Constitucional moderno está nos diversos procedimentos aceitos para a declaração da inconstitucionalidade das leis.” (Id., p. 346). Para o autor “O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição” (Id., p. 347).

de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição para descumprimento de preceito fundamental), e, *last but not least*;

c) organização judiciária e funções essenciais à Justiça (principalmente os dispositivos dos Capítulos III e IV).⁵⁸⁹

O direito processual constitucional poderia, assim, ser reduzido, de forma esquemática e não exaustiva, à seguinte representação gráfica:

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

A) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A.I – ACESSO À JUSTIÇA - ART. 5º, XXXV, LXXIV.

A.II – DEVIDO PROCESSO LEGAL: SUBSTANCIAL / FORMAL - ART. 5º, LIV.

A.III – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - ART. 5º, LV.

A.IV – JUIZ NATURAL - ART. 5º, XXXVII E LIII.

A. V – DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E TEMPO ADEQUADO – ART. 5º., LXXVIII.⁵⁹⁰

A.VI – MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS - ART. 93, IX.

A. VII – PUBLICIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS - ART. 93, IX.

⁵⁸⁹ Este esquema aponta a matéria de maneira similar ao traçado por Marques, Tucci e Cruz e Tucci. Esses últimos autores seguem a distinção do primeiro em quatro espécies de normas constitucionais sobre processo: 1) Organização da Justiça; 2) Garantias indispensáveis à tutela de direitos individuais e coletivos, que se fazem integrantes da *jurisdição constitucional* (incluindo: ações para controle de constitucionalidade, argüição de inconstitucionalidade frente ao tribunal, recurso especial e extraordinário, além de jurisdição constitucional das liberdades, subdividida em: a) ações constitucionais (h.c. e m.s.) e ações para a legalidade e moralidade da administração, como a ação popular); 3) regras (*rectius*: normas) orientadoras do processo (princípios); e, 4) regras incidentalmente constitucionais (competência originária dos tribunais federais, competência nas causas de interesse da União e execução em face da fazenda pública). Cf. TUCCI; TUCCI, **Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo**, 1989, p. 4-5. Outra organização da matéria é oferecida por Medina, subdividindo-se em: 1) princípios; 2) jurisdição constitucional (controle e ações destinadas à tutela de direitos); 3) ações para defesa de direitos fundamentais (ação de impugnação de mandado eletivo e habeas corpus); 4) organização do Poder Judiciário. Cf. MEDINA. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁵⁹⁰ Inserido pela Reforma do Judiciário, cf. EC 45/04.

- B) JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL (*LATO SENSU*)**
- B.I – AÇÕES CONSTITUCIONAIS – H.C. ART. 5º, LXVIII /M.S. ART.5º, LXIX, e LEI 1533/51 /M.S.C. ART.5º, LXX /H.D. ART. 5º, LXXII e Lei 9507/97 / M.I. ART. 5º, LXXI /A.P. ART. 5º, LXXIII e Lei 4717/65 /A.C.P. ART. 129, III e Lei 7347/85/AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO, ART. 14, § 10 E 11.
- B.II – CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE PODER –
- B.II.A - DIFUSO - ART. 97 (TRIBUNAIS) e RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ART. 102, III, “a”, “b” e “c”.
- B.II.A - CONCENTRADO -A.D.IN./ A.D.IN.O./A.D.C.- 102,I, “a”, e Lei 9868/99 /A.D.P.F. ART.103 e Lei 9882/99.

C) ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA art. 92-135.

Uma última observação faz-se necessária para justificar a absorção da organização judiciária *lato sensu* no esquema proposto. Incluídos na dimensão “político-organizativa” do processo constitucional estão todos os elementos a que referem os Cap. III e IV do Título IV – “Da Organização dos Poderes” na CF/88: o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada. A importância da organização judiciária *lato sensu* para o processo está intrinsecamente vinculada ao seu nascimento Histórico.

Desvincular o Poder Judiciário e sua organização do processo equivale a negar a importância dessa na realização dos objetivos de efetividade e Justiça aos quais o processo está vocacionado.

Por tais razões não foge ao especialista a precisão de que a **codificação do processo** não teve apenas uma importância técnica, mas também, em **uma dimensão mais profunda, a importância político-organizativa** (TARELLO).⁵⁹¹ Todo o discurso processual deve ter em mente a Jurisdição. Até que finalmente fosse possível a distinção entre Jurisdição, Administração, Legislação e outras atividades políticas de exercício de Poder Estatal, eram manifestadas tendências a diferenciar os diversos procedimentos pela suas praxes (costumes). **Vem daí conceber o processo como a *praxe* de qualquer órgão judicante.**

Como bem observa Tarello: “O resultado dessas movimentações são as ulteriores tendências de conceber o procedimento como um conjunto de formas e termos dos atos do procedimento.”⁵⁹² Nesse momento, com a especialização da função jurisdicional, surge a necessidade de unificação dos processos voltada aos limites e peculiaridades dos direitos a serem aplicados (comercial, civil, penal, etc.). Assim, **uma tendência a conceber o direito processual não mais como praxe, mas como parte do direito por aplicar.** Aparece, finalmente reconhecido, o “**direito subjetivo ao processo**”, em contrapartida, garantia e conjunto com o “**direito subjetivo material**”.⁵⁹³ Nasce o direito à organização e ao procedimento.

⁵⁹¹ Cf. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 41

⁵⁹² Id., *Ibid.*, p. 41.

⁵⁹³ Nas palavras de Tarello: “In particolare, mentre il diritto venne ad essere inteso come la disciplina del diritto soggettivo, così vennero anche ad essere considerate le procedure.” Id., p. 42. Nesse tema, consulte-se sobre o direito fundamental à organização e ao procedimento em: ALVARO DE OLIVEIRA, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, p. 269. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, p. 151-163, 1999. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 208-212.

4.1 O PAPEL DA IDEOLOGIA NO DIREITO PROCESSUAL⁵⁹⁴

As distinções anteriores não apontam um rumo para os estudos do processo constitucional; apenas propõem uma sistematização da matéria, necessária, mas ainda não suficiente.

Entendida como norma de conduta institucional do Estado o “constitucionalismo” é a grande ideologia vitoriosa do século XX.⁵⁹⁵

A grande questão, portanto, está no reconhecimento do que Hesse denominou: *força normativa da Constituição* (consubstanciada na “vontade de Constituição”).⁵⁹⁶ Dado esse primeiro passo, a identificação entre uma ideologia subjacente ao estudo dos problemas processuais e aplicação desta orientação na prática processual passa ser necessariamente haurida da norma constitucional.

Cabe uma nota explicativa do termo ideologia, talvez um dos conceitos mais difíceis de trabalhar com sentido unívoco.⁵⁹⁷ De forma breve entende-se, aqui, a ideologia, em senso positivo,⁵⁹⁸ como elemento essencial à sociologia do conhecimento, indicando a existência de uma “relação estrutural entre ideologia e poder” que precisa ser conhecida e que não

⁵⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, *passim*.

⁵⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro –pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, julho/setembro, 2001.

⁵⁹⁶ HESSE, *A força normativa da Constituição*.

⁵⁹⁷ Cf. KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

⁵⁹⁸ Para uma crítica das premissas ideológicas do processo civil, principalmente da ordinarização do processo como reflexo da postura dogmática, normativista e de domínio do poder nos Estados modernos, cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Em passagem inspirada podemos trazer a noção do autor “Os idealistas consideram-se elevados à condição privilegiada de alguém que, tendo emergido da cultura que o produziu, haja superado sua *historicidade*.” (Id., p. 9). Trata-se de uma bem ponderada crítica ao “fim da história” e das “ideologias” proposto pela célebre tese de Fukuyama. Assim, Ovídio vê o conceito sempre sobre o prisma negativo, da crítica da ideologia, o que é muito acertado, porém, dada as possibilidades históricas presentes, adotamos aqui também suas virtualidades positivas.

necessariamente se revela maléfica. Portanto, propõe-se sua compreensão na acepção “fraca”⁵⁹⁹ (não-marxista). Procura-se neste estudo apenas reconhecer a existência de um vínculo robusto entre a “crença” política e o seu reflexo no Direito, como um todo, e no processo, em particular.⁶⁰⁰

Não se trata, dessarte, da ideologia-utopia (Napoleão) ou da ideologia-superestrutura (Marx) que sempre vêm acompanhadas de um discurso contra-ideológico, mas da crença **da ideologia como sistema de idéias** que vincula uma determinada conduta dos comportamentos coletivos, encarregando a **crítica da ideologia da confirmação de sua validade objetiva**.⁶⁰¹

Pretende-se assumir os compromissos do constitucionalismo no processo, a ideologia do direito constitucional fatalmente deverá permear todo o direito processual. Isso porque, como é sabido, **a grande porta para o ingresso da ideologia no processo consiste no direito material**,⁶⁰² que lhe está posto antes mas ao qual não se reduz, do qual o processo bebe as primeiras influências ideológicas que irão determinar a orientação de seus institutos. Os estudos de Cappelletti sobre o tema da prova judiciária⁶⁰³ acabaram por denunciar à evidência essa forte influência da ideologia material no sistema processual.⁶⁰⁴ Assim, uma sociedade

⁵⁹⁹ A razão “fraca”, ou “pensiero debole” orienta toda a nossa produção científica nesse texto. Trata-se de, sem descurar da técnica necessária, dissolver a ontologia “forte” e o “conceitualismo” decorrentes da visão metafísica de mundo, para, em seu lugar, optar por um pluralismo tolerante que nos faculte o entendimento sobre os problemas discutidos, mais do que sobre os conceitos em si. “É nesse mundo que a ontologia se torna *efetivamente* hermenêutica, e as noções metafísicas de sujeito e objeto, ou, melhor, de realidade e de verdade-fundamento, perdem peso. Nessa situação, deve-se falar, na minha opinião, de uma ‘ontologia fraca’ como única possibilidade de sair da metafísica – pelo caminho de uma aceitação-convalescência-distorção que não tem mais nada do ultrapassamento crítico característico da modernidade. Pode ser que nisso resida, para o pensamento pós-moderno, a chance de um novo, francamente novo, começo.” Cf. VATTIMO. **O fim da modernidade**.. Sobre a utilização da filosofia pelo direito de forma “fraca” consultar: PCEZENI, Aleksander Can philosophy help legal doctrine? **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, p. 106-117, março, 2004.

⁶⁰⁰ Cf. STOPPINO, Ideologia. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO. (org.). **Dicionário de política**. p. 585-597.

⁶⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65-66.

⁶⁰² Assim, recordando os ensinamentos do mestre peninsular, na Idade Média o testemunho de um nobre valia mais que o testemunho dos não nobres, o testemunho da mulher valia menos que o de um varão; era o conhecido sistema da prova tarifada ou legal. Este sistema atendia, na sua determinação, a uma sociedade de castas, estratificada, feudal e machista, refletindo estes valores ideológicos nas normas processuais. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **A ideologia no processo civil**. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. **AJURIS**, ano VIII, n. 23, p. 16-33, novembro, 1981. p. 18.

⁶⁰³ Principalmente sobre a importância do testemunho da parte no processo civil (aqui, depoimento pessoal), cf. CAPPELLETTI, Mauro **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milano: Giuffrè, 1962.

⁶⁰⁴ CAPPELLETTI. **A ideologia no processo civil**., p. 16-33.

patrimonialista, privatista, civilista, terá, como conformação, um processo dispositivo, defensor da propriedade como valor absoluto e cediço das relações obrigacionais.⁶⁰⁵ No Direito Pátrio,⁶⁰⁶ exemplo da influência da ideologia no processo está evidenciado no Decreto Lei 911/69, que dispõe o procedimento da alienação fiduciária em garantia. O art. 2º, daquele Decreto permite a execução de mão própria, retornando à possibilidade da autotutela, aqui mais próximo da auto-executividade conferida à administração pública. O Decreto referido vai ainda mais longe e prevê a possibilidade de busca e apreensão (art. 3º) e, em não sendo localizado o bem, permite a quebra da estabilidade objetiva da demanda (princípio que garante que uma vez intentada a demanda esta deverá manter-se na configuração inicial, com o mesmo objeto até o final) para que a ação original seja “convertida”, nos mesmos autos, em ação de depósito, permitindo, assim, a mais eficaz técnica de coação para o adimplemento, a prisão civil.⁶⁰⁷

Ocorre que o direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade

⁶⁰⁵ O processo atual está repleto de procedimentos especiais que tendem à defesa do patrimônio; basta lembrar as ações possessórias (arts. 920/933 do CPC) que há muito garantem meios executório *lato sensu* para realização prática dos direitos que defendem, mesmo antes da decisão final. Cf. SILVA. **Processo e ideologia**. No livro, Silva denuncia o paradigma normativista ainda vigente no processo pátrio e “faz água” no esteio de segurança da doutrina nacional.

⁶⁰⁶ Sobre o tema ver: ALVARO DE OLIVEIRA, **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**, *passim*. Reportando-se a legislação do período militar afirma o autor: “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-leis**, em confronto com as normas comuns do processo civil brasileiro, impõe meditação profunda. **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.**” (Id., *Ibid.*, p. 84).

⁶⁰⁷ A matéria vem sendo largamente discutida na doutrina e na jurisprudência pátrias em razão do advento, para o direito interno, do Pacto de São José da Costa Rica que expressamente veda a prisão por dívidas, excetuando apenas a prisão do devedor de alimento (dado o valor vida humana que lhe é subjacente). Ocorre que o STF, em interpretação restritiva, limitou a aplicação do tratado entendendo-se que este não pode ser superior à Constituição que determina a dupla possibilidade de prisão, ora pelo devedor de alimentos, ora pelo depositário infiel, embora exista a disposição expressa do parágrafo 2º, do art. 5º, que para grande parcela da comunidade jurídica assim autorizaria, porque garante a aplicação imediata com estatura constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Cf. “Concluído o julgamento do habeas corpus em que se discutia sobre a subsistência, ou não, em face do art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo...”) e da Convenção de S. José da Costa Rica, da situação jurídica do devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (DL 911/69, art. 4º). Os Ministros Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem; *pelo indeferimento, votaram os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira*. HC 72.131-RJ, rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, sessão de 22.11.95.” No mesmo sentido vai a jurisprudência mais atual: HC 81813-GO, rel. Min. Moreira Alves, 11.06.2002; HC 81.319-GO, rel. Min. Celso de Mello, 11.06. 2002.

da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final.

Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los.

Esta orientação fez com que o processo assumisse papel de vanguarda nos ordenamentos modernos. Papel de instrumento voltado a auxiliar na efetivação desses direitos e, como tal, de direito fundamental por si. Portanto pode-se dizer com segurança que a busca da efetividade é um valor hoje impregnado no sistema processual que advém, em grande parte, da necessidade de realização dos direitos fundamentais, inclusive o próprio direito a um processo em tempo hábil (duração razoável).⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Confronte-se no texto da Constituição a EC/45: "Art. 5º...LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." E ainda a orientação do art. 7º da referida Emenda: "Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional." Nesse sentido, a melhor interpretação constitucional exigirá e determinará **uma imediata adequação, pelos juristas brasileiros, do ordenamento infra-constitucional ao preceituado no dispositivo**: tudo para efetivar em grau máximo a **garantia da duração razoável**.

Ocorre que os valores na Constituição não têm aplicação absoluta e imediata. A todo o valor corresponde, em certa medida, um outro valor que o conforma e representa a estrutura dialética contrária.⁶⁰⁹

Nesse sentir, outro valor que toma preponderante atenção, agora partindo principalmente da ótica processual, é o da segurança jurídica.⁶¹⁰ Vale frisar, segurança jurídica tomada como garantia do cidadão contra o arbítrio do poder estatal. Aliás, fenômeno que adere à natureza pública do processo, conotando-a com uma especificidade de todo especial. Como bem observou Couture, paralelo ao direito constitucional de petição, direito cívico de que é espécie o direito de ação, está o direito à exceção, ou **direito cívico à defesa**.⁶¹¹

Acentua-se que, justamente neste tópico, a processualística tradicional se embate em perceber apenas o caráter formal da ordem pública no processo, abdicando do seu necessário contraponto substancial, justamente por uma excessiva ligação com o direito civil;⁶¹² pensa-se que isto se dá pela crença do civilista de que as questões estão todas resolvidas na norma material.

⁶⁰⁹ A relevância desta advertência pode ser aferida, pois: “Se [a Constituição] pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente –no mais tardar em momento de acentuada crise- que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados” (HESSE, **A força normativa da constituição**, p. 21).

⁶¹⁰ Nesse sentido: “Conquanto se possa afirmar, *a priori*, tenha o legislador estabelecido uma **relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica**, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, LV, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição)” (cf. . ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 07-20, 1998. - ponto 5, *in fine*).

⁶¹¹ COUTURE, **Las garantías constitucionales del proceso civil**, p. 151-210.

⁶¹² LIEBMAN, **Diritto costituzionale e processo civile**, p. 329.

Liebman, citando seu clássico artigo sobre a ação no processo civil, atenta para o fato de que os processualistas se esmeram e têm conseguido sucesso (comenta a década de cinquenta) em relacionar o processo civil com o direito civil, mas que o mesmo resultado não é obtido com o direito constitucional. Como consequência a visão publicística do processo destes atinge apenas a parte que considera o processo como direito público para autorizar os poderes da autoridade contra o indivíduo, atuando o direito privado com “il carattere privatistico del processo stesso”.

Nega-se, com isto, a atividade do direito processual como direito público, por negar-se a necessária correlação dialética como autorização para utilizar o poder, que subsiste na garantia dos direitos do indivíduo e da coletividade em confronto com a autoridade.⁶¹³ Assim, quem tem autoridade tem o ônus de exercê-la dentro dos limites legais e da razoabilidade; mesmo quando se pensa na autoridade judicial, esta máxima é válida. Confronte-se, v.g., a tradição brasileira da ação de mandado de segurança contra ato de autoridade judicial.

Este “vício de raciocínio”, ao qual se fez referência na introdução, representa a matriz ideológica de cunho racionalista que adere ao nosso *modus operandi* quando da prática jurídica. Interpretam-se princípios hierarquicamente, as normas têm perfeito encaixe com os fatos, devendo ser aplicadas sem ponderação. A lei se revela o esteio de previsibilidade e segurança contra a criação jurisdicional.⁶¹⁴ Tudo em razão da nossa desconfiança nos juízes.

⁶¹³ LIEBMAN, *Diritto costituzionale e processo civile*, p. 329.

⁶¹⁴ Como já foi expressado: “El ideal de la certeza se ha usado para diversos propósitos, pero su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza de los jueces. Se prohíbe a los jueces que elaboren el derecho en aras de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en aras de la certeza. El proceso de interpretación y aplicación del derecho debe ser lo más automático posible, de nuevo en aras de la certeza. Así, el hincapié en la certeza expresa el deseo de hacer el derecho a prueba de los jueces.” MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, p.96-97.

O raciocínio apriorístico está findando.⁶¹⁵ O Direito é complexo na sua aplicação, afastando reduções lógico-formais. No processo essa realidade se potencializa, a mera afirmação em juízo de um direito o torna incerto. A “reposta” depende do procedimento, se apresenta no curso do diálogo, diversamente do que ocorre no direito material, no qual a “resposta” depende da adequação “*a priori*”. No processo, a pretensão de correção está no procedimento.⁶¹⁶

Por fim, adere a esses valores, algo característico ao Estado Democrático de Direito, o valor democracia, que age de forma instrumental durante todo o processo, refletindo, particularmente, sobre a necessária motivação das decisões judiciais. Essa tarefa revela-se uma decorrência essencial da conformação constitucional que impõe uma “*ideologia democrática della giurisdizione*”, no sentido de que o correto exercício do Poder Judiciário só pode ser preenchido quando esteja satisfeita a garantia de controlabilidade externa e difusa sobre a justiça e a legalidade das decisões que resultam da atividade jurisdicional. Essa possibilidade só ocorre se obedecido, em sua fórmula mínima, o dever de motivação. Fora

⁶¹⁵ O que já vem há muito denunciada por Cappelletti, Alexy, Santos e tantos outros, mas continua a prejudicar a análise do direito pelos juízes. Vale aduzir que com a técnica legislativa atual, das normas gerais e das cláusulas abertas ou normas de fechamento, o próprio direito material abre espaço para uma prática mais concretizante do direito, menos dirigida e mais ética. Confirma-se assim a derrocada da crença absoluta da razão *a priori* (cf. ALEXY, **Teoría de la argumentación jurídica**, 1997, *passim.*; SANTOS, **A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, 2000, *passim.*). Sobre as inovações no novo Código Civil, confirmando que o legislador material tende as normas abertas, mesmo no Brasil, vide MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “Sistema em Construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 129-154, 1998. Para a autora: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que *essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*” (Id., p. 134).

⁶¹⁶ Alexy estende esta metodologia, como já foi dito, para todo o discurso jurídico, particularizando o discurso judicial em razão de que, nos debates judiciais, “a pretensão de correção ... não é só uma condição de êxito, mas também uma condição do jogo” (ALEXY, **Teoría de la argumentación jurídica**, p. 318). “Suponhamos que as partes em um processo civil se limitam a declarar seus respectivos interesses. Não se afirma que tenham um direito, apenas que pedem ao juiz uma decisão que lhes seja vantajosa. Pretendem, por todos os meios, que o juiz lhes seja favorável, contudo não aspiram a que a decisão solicitada por eles seja correta ou justa. Se o juiz toma parte no jogo e pronuncia uma decisão ‘outorgo uma vantagem ao sr. N porque é quem me dispôs mais favoravelmente’, o que se julgaria não seria já um debate judicial, mesmo que tudo tenha lugar no marco institucional de um sistema judicial” (decisão mito, ilógica, subjetivista e decisionista). “Se o juiz deixa certamente de fazer as partes [participarem] (portanto, não toma parte no jogo), decidindo ao final como se tivesse ao Direito válido como correto, então ele trata as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele” (decisão apriorística, aplicação mecânica da norma). “Isto mostra que a argumentação perante o juiz não só pode, como deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso” (portanto, empirístico-indutiva) (Id., p. 318).

disso tem-se apenas uma definição apodítica e definitiva, com valor exclusivamente mental e sem raiz para além do plano jurídico.⁶¹⁷

Trata-se de aceitar que os poderes emanam do povo⁶¹⁸ e por ele serão exercidos. O Poder Judiciário (nos Estados Democráticos de Direito: todos os poderes) é antes de um poder-dever um **dever-poder**.⁶¹⁹ Só assim se terá respeitada a ideologia democrática da Constituição. Desta forma, pode-se, recapitulando, afirmar que os valores ideológicos subjacentes ao direito processual são principalmente a **efetividade** e a **segurança jurídica**, que não se contradizem, mas antes se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos, jamais se anulando, sendo que o primeiro tem aderência maior e nascimento, em uma matriz lógica de direito material; e o segundo, nascido do “paradigma legalista”⁶²⁰ desse abdica e se distancia, para se tornar fruto de ótica principalmente procedimentalista que prescinde da solução colocada *prima facie*, mas exige o controle na construção da solução que será dada. A ambos, no Estado Democrático de Direito, adere o **valor democracia** como caráter instrumental, de conformação dos ideais individuais do processo com a sociedade. Sua expressão no processo é o **princípio do contraditório: valor-fonte da dialética processual**.

⁶¹⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 412.

⁶¹⁸ Para a visão crítica da democracia representativa e do poder constituinte originário Cf. MÜLLER. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶¹⁹ Cf. MELLO, **Curso de direito administrativo**, *passim*.

⁶²⁰ Substituí-se, com já anunciado alhures, com vantagem, as reflexões anteriores que levavam a criticar um paradigma “normativo”. O termo “paradigma legalista” utilizado por António Hespanha revela expressão muito mais adequada e traduz a crítica do principal tema da racionalidade “moderna” e iluminista: a prevalência absoluta da lei como fonte do Direito no Estado de Direito do século XIX. Cf. HESPANHA, **Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma**. In: HESPANHA (org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 5-58.

4.2 A TRILOGIA ESTRUTURAL: AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO, SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Os estudos de direito processual se esteiam nos três conceitos básicos, ação, jurisdição e processo.⁶²¹ Dentro da perspectiva que coloca o processo constitucional como fonte primária de uma teoria geral (*rectius*: introdução ao estudo), a Constituição influencia a todos, conformando-os em consonância com a sua ideologia. Como foi dito:

“descansa a doutrina do Direito Processual, naquela ‘trilogia estrutural’ ou naqueles ‘três conceitos básicos’ a que referiu PODETTI: a *ação*, a *jurisdição* e o *processo*. Ora, qualquer desses monômios do alicerce tridimensional da processualística moderna se assenta na Constituição” (MARQUES)⁶²².

Assim, para continuação deste estudo cabem algumas precisões, em breve recensão, sobre a natureza jurídica da ação,⁶²³ da jurisdição⁶²⁴ e do processo, frente ao que foi exposto.

⁶²¹ Essa a disposição do clássico estudo de Podetti “Trilogia estrutural de la ciencia del proceso civil” cf. PODETTI, **Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963. esp. p. 334-415.

⁶²² MARQUES, **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, p.24

⁶²³ Recentemente os estudos sobre o tema e sua atualidade receberam novos influxos da Escola Gaúcha de Direito Processual. A polêmica gira em torno da validade e utilidade do conceito de ação de direito material para explicar as relações entre direito material e direito processual. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA O problema da eficácia da sentença. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 29, p. 437-449, julho/setembro, 2003. ALVARO DE OLIVEIRA. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. x-y, maio, 2005. AMARAL. A polêmica em torno da “ação de direito material”. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. x-y, maio, 2005. SILVA. Direito material e processo. **AJURIS**, ano XXXI, n. 96, p. 289-312, dez, 2005. MITIDIERO. Por uma teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO; ZANETI JR. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 63-114. MITIDIERO. **Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral**, disponível em www.tex.pro.br, acessado em 30.04.05. Cf., propondo a alteração do acento tônico posto na ação, como direito de demanda, para o processo, como procedimento em contraditório, na tentativa de explicar as relações entre os planos do direito material e do direito processual: ZANETI JR. **Direito material e direito processual: relações e perspectivas (uma homenagem a Galeno Lacerda)**. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 1, p. 245-278, dez., 2004.

⁶²⁴ Sobre o conceito de jurisdição e as polêmicas que daí se sobressaem cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I, p. 309-333; MARINONI. A jurisdição no estado constitucional. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. x-y, maio, 2005. (no prelo).

Inicia-se pela ação. Da célebre polêmica sobre a natureza da ação entre os juristas romanistas Windscheid e Müther, ainda no século XIX, resultou a distinção nítida, feita por Müther, entre direito lesado e ação. Da lesão, dizia Müther, nascem dois direitos de natureza pública:

- a) o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido em face do Estado que substitui o lesado, impedindo a autotutela);
- b) o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou (escopo público, pacificação social)⁶²⁵.

Duas correntes principais passam, então, a disputar a explicação da natureza da ação: a teoria do direito concreto à tutela jurídica e a teoria do direito abstrato à prestação jurisdicional.

Para a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica, a todo o direito corresponde uma ação que o tutela (WACH e entre outros GOLDSCHMIDT, HELLWIG e CHIOVENDA;⁶²⁶ ver, ainda, o art. 75 do anterior Código Civil Brasileiro de 1916).

⁶²⁵ O texto clássico da polêmica pode ser lido em italiano na tradução de Heinitz e Pugliese. Vale ressaltar trecho da introdução redigida por Pugliese quando fala da importância construtiva do texto de Müther: “La parte costruttiva invece, che si concretava nel definire l’actio come il diritto verso il magistrato al rilascio della formula e nel configurare, in generale, *un diritto verso lo Stato alla prestazione della tutela giuridica*, ebbe larghe ripercussioni. Non tanto in sede romanistica...quanto in sede processualistica” (WINDSHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor **Polemica intorno all’actio**. tradução: Ernest Heinitz e Giovanni Pugliese. Firenze: Sansoni, 1954, p.XXII). Cf., ainda, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 247-260.

⁶²⁶ Chiovenda cria, em 1903, o conceito de ação como *direito potestativo*. Conforme Cintra, “Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito - um direito de poder, sem obrigação correlata - que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito à obtenção de uma sentença favorável”, segue, “Quase concomitantemente a Chiovenda, na Alemanha formulava-se teoria idêntica. A doutrina da ação como direito potestativo teve seguidores na Itália e também entre nós (Celso Agrícola Barbi)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 247/260).

São críticas à teoria concreta:

- a) não se consegue explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até a sentença, quando esta julgar a ação improcedente, porque não haveria processo;
- b) também não se explica quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor. Ou seja, ao que parece, os cultores da teoria concreta da ação ainda se encontravam demasiadamente vinculados à idéia de que toda a prestação jurisdicional era imbuída da perfeição, em hipótese, que contém a norma positiva e de que não existiria a demanda temerária⁶²⁷ ou prospectiva (geradora de direitos subjetivos).

Caracteriza-se a ação abstrata, por sua vez, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder (sic.). Surgida no pensamento de Degenkolb, na Alemanha em 1877, e ao mesmo tempo em Plósz, na Hungria, nesta linha de raciocínio não deixa de haver ação quando uma sentença injusta nega o direito do autor, ou quando, ao contrário, uma sentença injusta confere o direito a quem não o tinha; o mesmo pode ser dito da demanda julgada improcedente. É a ação dirigida apenas ao Estado (que substitui a pretensão à autotutela pelo indivíduo) e basta que o autor da ação mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, para que aquele seja

⁶²⁷ É preciso, contudo, fazer uma importante ressalva: os autores que estudaram o tema são grandes homens de sua época, estão inseridos em um determinado contexto histórico, e propiciaram soluções possíveis dentro das concepções jurídicas ao tempo assentes. Não se pode fazer aqui tábula rasa destas opiniões, seria esta visão ingênua e preconceituosa fruto único de um pré-juízo. As soluções e críticas aqui esposadas são apenas indicativos, pois o tema necessitaria de estudo mais amplo e específico, superando os limites deste trabalho.

obrigado a exercer a função jurisdicional.⁶²⁸ A esta corrente filiou-se Rocco,⁶²⁹ dando-lhe fundamentação própria.

Neste estudo preferiu-se a concepção abstrata.⁶³⁰ Vai-se mais além, afastando qualquer leitura positiva do art. 75 do Código Civil de 1916, assumindo-se a aberta posição de tutela jurisdicional *lato sensu* esposada no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, pela qual para tutela do direito afirmado ou de sua ameaça de lesão, **são cabíveis todas as espécies de “ações” (*rectius*: tipos ou formas de tutela jurisdicional processual)**⁶³¹ capazes de **lhe propiciar adequada e efetiva proteção**. Esta concepção está mais de acordo com ideais constitucionais de efetividade e democracia garantidos pela própria letra do art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário [afirmação] de lesão ou ameaça a direito”.⁶³² Trata-se da devida observância a “cláusula aberta do acesso à Justiça” (supra). É o que basta, por ora, para afastar a ação concreta e a correspondência simplista entre direito material (fundamento) e a ação (instrumento), apontando sempre para o caráter dialético do processo e sua potencialidade democrática. Essa noção perde força no campo da teoria do Direito.⁶³³

⁶²⁸ Pontes de Miranda utilizava-se do conceito de ação abstrata apenas para a sua “ação” processual (assim, entre aspas). Filiam-se a esta corrente dualista, que pretende a existência de uma ação (assim, sem aspas) de direito material ao lado de uma “ação” processual: Pontes de Miranda, Silva, Marinoni e Mitidiero, cf. MITIDIERO. Por uma teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO; ZANETI JR. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 63-114; mais recentemente, deste mesmo autor, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 66/111, tomo I.

⁶²⁹ Conforme CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 250.

⁶³⁰ Assim entende Fazzalari, entre outros, que afirma: “Quanto all’azione”, risulta infine superata la contrapposizione “concretezza-astrettezza” così a lungo vissuta in ordine all’azione cognitiva. Ormai si prende atto ch’essa prescinde dall’effettiva esistenza e titolarità del diritto...” (cf. FAZZALARI. La dottrina processualistica italiana: dall’azione” al “processo” (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**. v. 60, n. 4, p. 911/925, 1994).

⁶³¹ A precisão necessária decorre do avanço das pesquisas na matéria, bem explicitado e construído por Alvaro de Oliveira na seguinte passagem: “Na doutrina alemã... a ação (‘Klage’) termina por se converter no poder processual de propor uma ‘demanda’ ao órgão jurisdicional, já que a sua diferenciação tipológica se exaure na diferenciação objetiva dos pronunciamentos de tutela, que o seu exercício permite solicitar e possivelmente obter. [E]... demonstra claramente que condenar, declarar, constituir, mandar ou executar não passam de tipos ou formas de tutela jurisdicional.” ALVARO DE OLIVEIRA, **Efetividade e tutela jurisdicional**, p. 31.

⁶³² Frise-se, ademais, que o referido art. 75 do C.C. de 1916, não encontra paralelo ou repetição no novo Código Civil.

Quanto à jurisdição pretende-se abordar, neste pequeno excerto, dois tópicos que lhe são peculiares: o primeiro diz respeito ao Poder Judiciário e sua atividade criativa do direito ou, apenas, *contrario sensu*, simples atividade aplicadora da norma criada pelo Legislativo. O segundo trata do que, em verdade, diferencia essa Jurisdição, do que a caracteriza em relação às demais decisões tomadas pelos outros poderes (dever-poder).

A pergunta que se deve fazer é se a sentença resulta em simplesmente ato lógico, dedução silogística, ou seria possível vê-la, também, como ato de vontade do Juiz, exercício de poder.

Para os defensores da sentença como ato de inteligência, mera subsunção do fato à lei, o juiz é a boca da lei (doutrina de Montesquieu que repercutiu no Código de Napoleão). A sentença é, assim, fornecida pelo Estado, pelo órgão jurisdicional detentor da “imperatividade”, como mero “silogismo frio”.

Para Rocco, defensor por excelência dessa visão, a atividade jurisdicional é puramente teórica, lógica, sendo a vontade resguardada ao legislador. Assim, “o elemento essencial e característico da sentença é o juízo lógico; isto é, a sentença é essencialmente um ato da mente do juiz”, portanto, “a norma jurídica, mesmo que suponha também um juízo lógico do órgão de que emana, é, certamente, na sua essência, um ato de vontade e, precisamente, um mandato feito pelo Estado aos particulares”, de sorte, “a atividade mental do juiz segue sendo

⁶³³ Por todos cf. OST; HOECKE. Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. **Legal Studies**. v. 18, p. 197-215, 1998. (HeinOnline – 18 Legal Stud. 197 (1998)). Cf. SANTOS; MARQUES; PEDROZO. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. n. 30, ano 11, p. 29-62, fevereiro, 1996.

uma atividade puramente teórica, mesmo que se exercite sobre um produto da atividade prática de outro, ou seja, sobre uma declaração de vontade alheia (do Estado)”⁶³⁴.

Já na sentença como ato de vontade, portanto ato criativo, o juiz está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso e deverá tratar o problema (*thema in decidendum*) em conjunto com as partes.⁶³⁵ Assim, o juiz exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária e, mais de tudo, característica do novo modelo do direito que se forma no pós-positivismo. Portanto na concreção da norma específica atua como político, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade), advindos da sua sensibilidade e humanidade, sempre dentro do ordenamento constitucional e jurídico posto e vinculado ao problema.

KELSEN, aduz a seguinte lição:

“somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.”⁶³⁶

⁶³⁴ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, 2 ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 53/54. A primeira edição deste trabalho de Alfredo Rocco foi publicada em 1906.

⁶³⁵Esta é a melhor interpretação da maturidade do pensamento de Piero Calamandrei, é seu aviso, “**Farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiare la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l’elemento imperativo a vantaggio dell’elemento logico**”, CALAMANDREI, La sentenza soggettivamente complessa. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1924, p. 216, I, *apud*, FAZZALARI. Cosa giudicata e convalida di sfratto. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958. v. 3, p. 261-287. Em outro texto do mestre italiano fica clara a inversão entre o seu pensamento jovem e sua maturidade intelectual. Afirma Calamandrei que o juiz da democracia é um juiz engajado que não se limita ao silogismo frio da norma: “É stato detto (già si è visto) che la democrazia è un impegno, un *engagement*: “faute de cet engagement la technique constitutionnelle est morte”. Lo stesso si può dire per la tecnica giudiziaria. Noi non sappiamo più che farci dei giudici di Montesquieu, ‘*êtres inanimés*’ fatti di pura lógica. Vogliamo i giudici coll’anima: giudici *engagés*, che sappiano portare cón vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il render giustizia”, CALAMANDREI, Piero. *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, p. 637/650, especialmente p. 649/650, vol. I. Esta revolução do pensamento do discípulo mais dileto de Chiovenda pode ser observada na apresentação de Mortatti ao terceiro volume das *Obras Jurídicas* supra enunciadas, principalmente no primeiro tópico.

⁶³⁶ KELSEN. *Teoria pura do direito*, (1996), p.265.

Note-se que aqui o gênio do positivismo jurídico não rechaça a tese da moldura constitucional, mas admite, na inspirada passagem, o arejamento da lei pelo caso concreto e a “constância da atividade criadora da norma”.

Afirmada a atividade criadora do juiz, ainda assim é necessário dizer o que caracteriza a jurisdição. Nesse sentido são três as principais correntes:

- a) a jurisdição como caráter substitutivo, em que o Estado tomando para si a autotutela devolveria, em troca, a prestação jurisdicional;⁶³⁷
- b) a jurisdição como resposta a um conflito de interesses ou a uma pretensão resistida;⁶³⁸
- c) a jurisdição como a atividade tendente a obter a “coisa julgada”.⁶³⁹

Nenhuma dessas correntes está plenamente acorde com o que se entende por processo constitucional. Para este entendimento renovado prevalece uma quarta corrente, mais atual, que identifica o ato jurisdicional como a presença da *imparcialidade do juiz*, somada à

⁶³⁷ A lição já clássica versava: “jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”, cf. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 11, v. II.

⁶³⁸ O conceito é o de lide de Carnelutti (*Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1936, p. 131/269, especialmente p. 132, vol. I *apud* SILVA. **Teoria geral do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67) que se revelava essencial a sua noção de jurisdição e que no Brasil, cunhando um conceito próprio de lide, foi adotado com brilhantismo por Galeno Lacerda, para quem: “Onde houver, portanto, julgamento de questão, aí estaremos em presença de ato jurisdicional” (*LACERDA. Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 21).

⁶³⁹ ALLORIO. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948 *apud* SILVA, **Teoria geral do processo civil**, p. 65-67. Para Ovídio no Brasil estariam comprometidos “de uma forma ou de outra” com esta corrente Marques, Lopes Da Costa, Arruda Alvim, Kazuo Watanabe, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Id., p. 67).

característica de sua *imperatividade*, em razão de sua *autoridade estatal*.⁶⁴⁰ A estes elementos soma-se a *irreversibilidade externa dos provimentos*.⁶⁴¹

Por outro lado, o problema da natureza jurídica do processo necessita de uma rápida, mas esclarecedora digressão histórica para ser apresentado.

A par das colocações apropriadas sobre o juízo, como momento que o antecede historicamente, o processo começa a desenvolver-se, como ciência (*more geometrico e usus modernus pandectarum*), com a percepção de sua autonomia, e, conseqüentemente, a sua separação da relação jurídica de direito material. Isto ocorre em 1868, com a publicação da obra “Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais”, de Bülow, como foi reconhecido, “o grande mérito do estudioso está na separação de duas ordens de relações: uma, material, que se discute no âmbito do processo e que forma seu objeto; outra, processual, que se forma entre autor, réu e juiz (isto é, o Estado) e tem como objeto a prestação jurisdicional, sujeita a pressupostos especiais (os pressupostos processuais)”.⁶⁴²

Segundo Couto e Silva, Bülow, criando a expressão “pressupostos processuais”, passou a aplicar a noção de “Tatbestand” no processo, expressão que Pontes de Miranda traduz e usa correntemente em suas obras como “**suporte fático**”.⁶⁴³

⁶⁴⁰ Nesse sentido MICHELI. Revisión de la noción de jurisdicción voluntaria. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Traducción: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1970, p. 14/20; SILVA, **Teoria geral do processo civil**, p. 73-74.

⁶⁴¹ Assim determina Fazzalari como nota distintiva da jurisdição além da imparcialidade e estatalidade: “la irrevocabilità della pronuncia cui il processo mette capo”, (FAZZALARI, Elio. *Processo (teoria generale)*. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino, 1966, tomo XXIII, p. 1067/1076, esp. p. 1075.). Também entende desta forma jovem jurista gaúcho: “A jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um sujeito estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu provimento de irreversibilidade externa” (MITIDIERO, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2004, t. I, p. 51).

⁶⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. **Revista de Processo**. ano 15, n. 57, p. 39-54, janeiro/março, 1990, p. 47.

⁶⁴³ COUTO E SILVA, Clovis. A teoria das ações em Pontes de Miranda. **AJURIS**, v. 15, n. 43, p. 68-78, julho, 1988. esp. p. 70.

Como consequência dessa evolução, foi ocorrendo lentamente a especialização de juristas na área do processo civil. Os fenômenos no campo do processo passaram a ser estudados com mais atenção, surgindo na literatura jurídica (principalmente alemã, nessa primeira fase), novas idéias.⁶⁴⁴

A visão “moderna” do fenômeno processual entende que “o processo deve ser tido, sob o viés jurídico, como a soma da relação jurídica e do procedimento. Tome-se a relação jurídica-processual como ‘alma’ do processo, e o procedimento, como ‘corpo’ deste”.⁶⁴⁵

Para este estudo, ao contrário daquela afirmação, o processo passa a ser entendido como o **procedimento em contraditório**,⁶⁴⁶ portanto, é o contraditório que o qualifica não mais como gênero, mas sim como: **espécie de procedimento**. Esta perspectiva valoriza a participação das partes e do juiz no “módulo processual”⁶⁴⁷ e atende à exigência constitucional do contraditório na formação do *iter* procedimental que resultará na decisão final (art. 5º, LV).⁶⁴⁸

Ocorre que, admitida a participação efetiva, concreta e não episódica dos cidadãos no governo da coisa pública, **o processo** se coloca como “**um instrumento da vida democrática**”.⁶⁴⁹ Ver-se-á, agora, mais precisamente, como se dá e o que qualifica o “módulo processual” em que se desenvolve esse objetivo democrático do processo.

⁶⁴⁴ Para uma visão breve, mas relativamente segura, de todas as fases evolutivas da natureza jurídica do processo cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, 1999, p. 275-284.

⁶⁴⁵ CORREIA, **Direito processual constitucional**, p. 1.

⁶⁴⁶ FAZZALARI. Procedimento e processo (teoria generale). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, s/d., p. 819/834, tomo XXXV. Vale a advertência que o autor aplica a noção de módulo processual porque pretende afastar a noção de relação jurídica processual, que impugna de “herança pandectística”.

⁶⁴⁷ Não se vê a necessidade de afastar o *actum trium personarum* (relação processual, composta por autor, réu e juiz) do conceito de processo. No mesmo sentido CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, 1999, p. 283.

⁶⁴⁸ Ver supra.

⁶⁴⁹ FAZZALARI, **Procedimento e processo (teoria generale)**, p. 820.

4.3 O MÓDULO PROCESSUAL E O CONTRADITÓRIO COMO “VALOR-FONTE” DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

A Constituição de 1988 deu especial relevo ao **constitucionalismo moderno**, ou seja, procura ver o cerne do estudo do direito constitucional, **não** mais **nas diversas influências políticas** que orientaram os regimes constitucionais, mas **nas garantias dos direitos individuais e coletivos** presentes na Constituição.

Nesse sentido Clavero afirma que **nem toda a historiografia política é constitucional**; o fascismo ou o nazismo ou o regime autoritário que sucedeu a Revolução Bolchevique, de 1917, jamais poderiam ser considerados constitucionais, mesmo sendo expressões políticas, *“de fato, sem hipérbole, à conveniência, uma história insconstitucional, historiografia de poderes, pode vir passando por história constitucional, historiografia de liberdades”*.⁶⁵⁰

A Constituição Federal de 1988, ao incluir em seu texto diversos princípios de direito processual que não estavam anteriormente expressos (v.g. devido processo legal) ou que tinham âmbito mais limitado (v.g. contraditório) assumiu expressamente esta postura garantista. É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático

⁶⁵⁰ O autor faz uma resenha de suas posições na apresentação de texto de Mateucci (MATTEUCCI, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**, 1998, p. 12). Reforçando o acima exposto coloca Mateucci: “Com o termo ‘*constitucionalismo*’ se faz referência não tanto a um período histórico ou a uma corrente de idéias políticas e sociais, mas sim a um ‘*tipo ideal*’ para pensar a realidade histórica ou a uma categoria analítica que permita colocar sobre as luzes aspectos particulares da experiência política. Não interessam todos os autores que se ocuparam de descrever a constituição, mas sim *somente aqueles que intentaram instaurar uma ordem política melhor, significa dizer, um governo “reto”, “político” ou “legal”*. Eles se interessam não tanto no ‘quem’, mas sim no ‘como’ se deve decidir em política, significa dizer, nos *procedimentos jurídicos que fazem ‘legítima’ uma decisão, e se preocupam com os fins que uma sociedade política deve assegurar, significa dizer, dos direitos constitucionais*. Em resumo, **é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário**”, Id., p. 23.

brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI), que tem na sua matriz substancial a “**máxima da cooperação**” (*KooperationsMaxima*).⁶⁵¹ Trata-se de “**extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração**”.⁶⁵² O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como: direito de influência e dever de debate.⁶⁵³

Outra inovação, já referida, mas crucial, diz com o deslocamento de todo o título dos direitos e garantias fundamentais para o início do texto, salientou-se, assim, a vontade da Constituição de ver estes direitos individuais e coletivos, de essência fundamental, ditarem a tônica da Carta Magna.

⁶⁵¹ “Mesmo a iniciativa do órgão judicial no campo dos poderes instrutórios deve ser entrevista num quadro de dimensões mais amplas, de modo a permitir a adequada formação da convicção do julgador. Inadmissível, por tais razões, submetam-se os litigantes pura e simplesmente ao impulso do órgão judicante e ao seu empenho em chegar a uma correta definição da causa, ou restrinja-se este a apaticamente recolher o resultado da atuação das partes. Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal — a exemplo do sucedido na idade média com o processo romano-canônico —, **importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça** (...) E, realmente, nos quadros dessa direção, parece haver hoje consenso quanto às linhas do apogeu do processo pós-moderno nesse início do século XXI, evoluindo-se para o que se **convencionou chamar de máxima da cooperação (Kooperationsmaxima)**.” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 99.

⁶⁵² Como foi expressamente observado por Alvaro de Oliveira: “Isso me leva a **extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração**, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e **interagindo entre si com boa-fé e lealdade**. Para o **Tribunal Constitucional espanhol**, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional **não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional**, pois os juízes e tribunais têm a “(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)”. O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, **o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria**. [Cf. Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77)]. Por outro lado, a dependência crescente de previsão e de distribuição estatal e por consequência o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual, acaba por exercer influência decisiva no papel destinado ao direito processual. E isso porque os direitos fundamentais exibem acentuada força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel dos tribunais na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.” ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. nota, 29.

⁶⁵³ CABRAL, *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*.

A grande razão está também na necessidade de **realização efetiva destes direitos fundamentais**. Portanto, **a colocação de instrumentos processuais potencializados⁶⁵⁴ à sua disposição** tem forte relação com essa necessidade.

Seguindo a orientação dessas premissas constitucionais surgiram, posteriormente à vigência da CF/88, diversos institutos processuais novos e outros tantos foram aprimorados. Entre os primeiros pode-se citar a tutela dos direitos individuais homogêneos pela ação específica do CDC que permite a condenação genérica (art. 91 a 100, da Lei 8.078/90), a tutela antecipatória (art. 273 do CPC), a tutela específica (arts. 461, e 461-A) o reconhecimento das decisões mandamentais e a instituição da *contempt of court* em caso de descumprimento da ordem judicial (art. 14, V, e parágrafo único do CPC).

Com relação à evolução de institutos já existentes, vale salientar, a tutela dos direitos coletivos que foi tremendamente aprimorada pela edição do Título III do CDC, cunhando um sistema nacional processual para os direitos coletivos *lato sensu*⁶⁵⁵ e sua efetivação. Importante, também, tem sido a evolução da tutela cautelar, com a possibilidade de sua concessão interna ao processo de conhecimento (art. 273, § 7º, do CPC)⁶⁵⁶ e às reformas do processo de execução, que ainda estão esperando desdobramentos posteriores, mas que já

⁶⁵⁴ Os instrumentos processuais como mandado de segurança e *habeas corpus* possuem eficácia potencializada, como bem ressaltou Watanabe, em razão: 1) da sua **constitucionalidade**, estarem determinados na Constituição; 2) da **prevalência pela execução específica**, prestação *in natura*, abolido o procedimento executivo *ex intervallo*, amparando o direito imediatamente com a remoção do obstáculo para o seu pronto restabelecimento; 3) o **rito sumário e expedito**, que resulta, por exemplo, na exigência da pré-constituição da prova documental (processo sumário documental) no caso do mandado de segurança (cf. WATANABE, Kasuo. Mandado de segurança contra atos judiciais. **Revista dos Tribunais**, v. 66, n. 498, p.19-25, abril, 1977. esp. p. 25).

⁶⁵⁵ Entendidos por *coletivos lato sensu* os disciplinados naquele código no art. 81, parágrafo único e incisos (Cf. Lei 8.078/90). Cf. ZANETI JR, Hermes. Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos. De los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogêneos. In: GIDI; MAC-GREGOR, (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Porrúa, 2003.

⁶⁵⁶ A ponto de hodiernamente ser mais adequado o termo tutela de urgência (com sede constitucional no art. 5º, XXXV), incluindo a tutela cautelar e a tutela antecipatória, do que as rígidas distinções que em um primeiro momento primavam por um purismo na matéria, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. VIII, tomo II. esp. p. 21.

insinuam o fim de processo autônomo para o título executivo judicial (art. 461 e 461-A c/c art. 621 e 644 do CPC).⁶⁵⁷

Portanto, pelo menos **dois valores ideológicos principais**, para este texto, estão subjacentes à idéia de processo constitucional: **o valor *efetividade***, que emerge da influência dos direitos fundamentais com sua conseqüente necessidade de realização; e **o valor *segurança jurídica***, tomado na sua dimensão não racionalística absoluta, de certeza anterior aos fatos, mas sim como **garantia contra o arbítrio estatal**, em uma palavra: ***previsibilidade***.⁶⁵⁸ Agrega-se, ainda, porque subjaz ao Estado Democrático e Pluralista de Direito: **o valor instrumental da *democracia***, que representa **a necessária observância do procedimento em contraditório** (entre partes e entre estas e o juiz), como instância controlável pela sociedade, mediante, *e.g.*, a motivação das decisões judiciais que permite a análise externa do resultado obtido no processo.⁶⁵⁹

Isto porque, no processo a “verdade”⁶⁶⁰ como “pretensão de correção”⁶⁶¹ da decisão judicial jamais poderá ser obtida *a priori*. A lógica apriorística que, por muito tempo, ornou com foros de Justiça a falácia da subsuntividade perfeita (fato/norma) mostra-se, no presente, pobre e contrária à complexidade do direito e da vida, portanto, injusta na essência. A decisão judicial segue sendo sempre o resultado do caminho percorrido para a sua obtenção,

⁶⁵⁷ Interessante notar que a redação dos dispositivos deixa transparecer essa realidade; basta atentar para a menção exclusiva aos “títulos extrajudiciais” no texto do art. 621, ou para a aplicação subsidiária proposta pelo art. 644, ambos do CPC.

⁶⁵⁸ Neste sentido vale a consulta de excelente trabalho de WAMBIER. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.**

⁶⁵⁹ Recente trabalho confirma essa perspectiva do contraditório, já antes salientada por Alvaro de Oliveira (supra). Cf. CABRAL. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LX, n. 2, p. 449-463, Em síntese afirma o autor: “Anche se classicamente definito come un diritto delle parti e legato alla contrapposizione di argomenti antagonistici, il contraddittorio assume attualmenete limiti piú estesi, vedendo ampliata la sua concezione, come si vedrà, nel senso di comportare il dovere di collaborazione delle parti e quello di una partecipazione attiva del giudice al dibattito giudiziario. Inoltre, avendo come cornice la concezione di democrazia partecipativa e deliberativa, il principio del contraddittorio può essere definito come diritto d’influenziare l’esercizio del potere dello Stato.” (Id., p. 450).

⁶⁶⁰ Ver *infra*.

⁶⁶¹ ALEXY; BULYGIN. **La pretensión de corrección del derecho**, *passim*.

controlada, debatida, jamais fazendo raciocínios puristas que transformam o direito na simples abstração dos juristas em seus gabinetes, afastando-o da Justiça - seu objetivo teleológico.

É justamente nesse quadro que o contraditório surge como “valor-fonte”⁶⁶² do processo constitucional. Processo *est actum trium personarum* (Búlgaro): juiz, autor e réu. Como ficou claro dos estudos mais recentes o juiz também está sujeito ao contraditório (ALVARO DE OLIVEIRA).⁶⁶³ De outra sorte, o direito tem sido progressivamente compreendido dentro de uma teoria do “discurso jurídico”, como um “discurso prático do caso especial”,⁶⁶⁴ ou como prefere Villey, ressalta que os meios do direito são os meios lógicos dialéticos - “*audiatur et altera pars*”.⁶⁶⁵

Apenas para demonstrar a validade dessa corrente de compreensão da lógica jurídica transcreve-se um excerto de Giuliani: “Declaramos portanto a nossa preferência por **uma perspectiva “dialética” mais do que por uma perspectiva retórica: e portanto pelos aspectos lógicos mais do que pelos persuasivos** da teoria da argumentação.” O ponto é assaz importante, ao empenhar-se em reforçar o papel da dialética na tópica afasta-se por completo a inferioridade da tópica frente ao sistema, a dialética passa a ser compreendida como lógica dos juristas.⁶⁶⁶

⁶⁶² A denominação é tomada de empréstimo de Reale pela grande força argumentativa que possui e pela revolução que provocou no direito civil, que deixou de ser individualista e patrimonialista para dar ênfase à dignidade da pessoa humana, entendida como “valor fundante” do direito civil constitucional. REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**, 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

⁶⁶³ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **A Garantia do contraditório**, *passim*. ALVARO DE OLIVEIRA, **O juiz e o princípio do contraditório**, *passim*. TROCKER, **Processo e Costituzione**, *passim*.

⁶⁶⁴ ALEXY, **Teoria de la argumentación jurídica**, *passim*.

⁶⁶⁵ Noção resgatada quando se trabalhou sobre o conceito de racionalidade prática procedimental. Cf. VILLEY, **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 243. Cf. ZANETI JR., **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**, 2004.op. cit.

⁶⁶⁶ “Uma dialética juridicamente empenhada é em realidade lógica jurídica ou lógica do raciocínio dos juristas: essa supõe a **renúncia de um complexo de inferioridade nos confrontos do “sistema”**, ao qual não fogem recentes tentativas de **revalorização da dialética**, quando restam ligadas a uma interpretação tradicional segundo a qual essa é uma “lógica menor” .”Cf. GIULIANI. *Lógica (teoria dell’ argomentazione)*. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, 1975. v. XXV, p. 14.

Logo: se o processo é a *specie* (infra) e o procedimento é o *genus*; se **o processo é a espécie de procedimento adjetivada do contraditório**; e se os meios do Direito são os meios da dialética em contraditório (*audiatur et altera pars*) e da racionalidade prática procedimental (com a formação da decisão no *iter* discursivo); conseqüentemente: não há dúvida de que o contraditório é o “valor-fonte” do processo (qualquer processo), em particular do processo judicial. Significa dizer: a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* entre o processo e o procedimento; sem contraditório não há processo. Como salientou, com precisão, Fazzalari:

“A referência à estrutura dialética como *ratio distinguendi* permite superar tentativas pregressas de definir o processo: assim aquela segundo a qual existe o processo aonde existe, em ato ou em potência, um conflito de interesses; e aquela segundo a qual existiria processo todas às vezes que participasse da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto do autor do ato.” (FAZZALARI).⁶⁶⁷

Por outro lado, seria um retrocesso deixar de reconhecer as diversas facetas do contraditório: **o contraditório diferido ou postergado** (quer para um ato futuro no mesmo procedimento, quer para um processo futuro); **o contraditório preventivo**, a que está sujeito o juiz para proferir a decisão, advertindo as partes das mudanças abruptas na argumentação desenvolvida no *iter*; **o contraditório mitigado**, decorrente de um anterior procedimento amplo em contraditório (como no caso dos processos de execução de títulos executivos judiciais).⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ FAZZALARI, **Istituzioni di diritto processuale**, p. 84

⁶⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, **A garantia do contraditório**, op. cit.; PICARDI. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, p.673-681, 1998; CABRAL. Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LX, n. 2, p. 449-463, Aprile-Giugno, 2005.

O texto constitucional de 1988 revela-se sensível a essa interpretação: “LV – **aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” A redação anterior era diversa: “Art. 150... § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.” e “§ 16 - **A instrução criminal será contraditória**, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.” (Constituição de 1967 e EC 01/69). **O contraditório vinha assegurado como direito somente no processo crime, não no processo cível e nem no processo administrativo.**⁶⁶⁹

Significava, exatamente por isso, uma maior preocupação constitucional do ordenamento anterior com o processo penal e com o direito penal, em atenção aos moldes clássicos das garantias liberais, deixando de lado a necessária constitucionalização do direito processual civil e dos diversos ramos do Direito que lhe são imanentes na aplicação (direito civil, administrativo etc.).⁶⁷⁰ Os estudos modernos do processo pós-Segunda Guerra levaram à constatação de que no âmbito da jurisdição civil: “Não basta assegurar constitucionalmente o princípio da inafastabilidade do controle judiciário se, a par disso, para além do meramente formal, deixa-se de instituir instrumentos capazes de assegurar, de forma efetiva, solução rápida e adequada dos pleitos.”⁶⁷¹

Assim, correta a lição que afirma ser o **direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz**, e, como seu fenômeno correlato, a existência de **um**

⁶⁶⁹ Em razão dessa premissa, parte da doutrina brasileira ainda resiste em aceitar o contraditório como garantia inerente a todo o direito processual, quer seja no processo civil, quer seja nas atividades desenvolvidas perante a administração pública. Cf. ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁶⁷⁰ Essa percepção não fugiu ao acurado senso crítico da doutrina, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo civil e constituição. **Advogado – Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, ano II, n. 6, p. 63-65, abril-junho, 1985.

⁶⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, **Processo civil e constituição**, p. 63.

dever de debate por parte deste juiz, mesmo nos casos em que seja possível e recomendável a sua atuação de ofício.⁶⁷²

4.3.1 Características do Módulo Processual (Procedimento em Contraditório)

Como foi expressado, para Fazzalari o que difere o processo do procedimento é justamente a existência e constância no contraditório do “módulo processual”, ou seja, o direito de participação das partes na formação do ato final. Para a aplicação prática da premissa é preciso caracterizar a estrutura dessa participação e quais os seus critérios orientadores. Tal estrutura consiste:

- a) na **participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória** do ato;
- b) na **simetria da sua posição no curso do procedimento**;
- c) na **mútua implicação da sua atividade** (desenvolvida respectivamente para promover e impedir a emanção do provimento);

⁶⁷² Nesse sentido: “o conteúdo mínimo do **contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los**, mas faz também **depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes**. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os **motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial** a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a **cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato**, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último **importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial**”. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15., esp. p. 16 (sem grifos no original).

d) na **relevância das atividades das partes para o autor do provimento**, de maneira que as escolhas, reações, controles atuadas pelas partes **sejam consideradas no controle e nas reações dos outros e que o autor do ato deva ter presente os resultados dessas condutas.**

Pensa-se, por exemplo, com apoio em Fazzalari, na fase que precede a sentença condenatória, na fase instrutória em que são colhidos os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou refutá-la: dessa fase participam aqueles aos quais é destinado o ato, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo atividades entre eles simétricas, voltadas a fornecer ao juiz – que não poderá não levá-las em consideração – elementos *pro* e *contra* aquela emanção.⁶⁷³

Daí que, **existe processo somente quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato, é contemplada a participação do seu autor e dos destinatários dos seus efeitos, de modo que cada um possa desenvolver atividade cujo autor do ato deve observar em contraditório, de sorte que os resultados das atividades dos demais participantes ele pode desatender, mas jamais ignorar.**⁶⁷⁴

A **relação entre a racionalidade prática procedimental** (dialética, discursiva e tópica) e o contraditório revela-se, dessarte, **biunívoca**: para que seja possível a aplicação da racionalidade prática procedimental é preciso que se atue em contraditório (relação dialética) e para que seja possível a aplicação do contraditório faz-se necessária a lógica procedimental.

⁶⁷³ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 83.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

Esse “módulo processual” constituído de “contraditores” é comum a todos os ramos do Direito e não unicamente ao processo jurisdicional, ocorre também no processo administrativo e no processo legislativo. Por outro lado, a origem mesma da tese do “módulo processual” decorre da evolução do direito público. Como adverte Fazzalari, do *Parteingehör*, princípio da “*audizione*” do cidadão ou interessado nas fontes do direito austríaco. Da obrigatoriedade de observação do contraditório dos destinatários do provimento, entendido como ato final, surge o *iter* histórico da passagem entre o “mero” procedimento e o “processo”. Fazzalari aponta que essa figura de processo como procedimento em contraditório só recentemente foi colhida pelos processualistas do direito público, isso porque a “trava no olho” dos processualista decorrente da absorção através de Bülow da figura da “relação jurídica processual”, de origem pandectistística, funcionava como um velho *cliché* que impediu até mesmo o processualista administrativo de absorver o conceito de procedimento do direito público (obrigatoriamente em contraditório, quando se destina a reverter atos sobre a esfera dos interesses dos participantes) e aprofundar ainda mais o conceito de processo.

A Lei 241 de 07 de agosto de 1990 na Itália, assim como a Lei 9.784/99, brasileira, no art. 38 (com especial destaque para abertura à consulta pública no capítulo X), determinam a oitiva do interessado e o contraditório como garantia do cidadão, portanto não há novidade na afirmação de que no processo administrativo as decisões são tomadas em contraditório, e só ocorre processo em contraditório.⁶⁷⁵ Aqui e *alhures*, contudo, importa o processo que possa ser qualificado de jurídico, em especial, de processo civil.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p.75 ss.

⁶⁷⁶ Id., *Ibid.*, *passim*.

4.3.2 Módulo Processual Jurisdicional Civil

Mais especificamente, interessa o “**módulo processual jurisdicional civil**”. Ao explicar as razões pelas quais optou em seu “Instituições” pelos processos em gênero (*diritto processuale generale*) Fazzalari explicita a sua noção de processo jurisdicional civil decompondo o termo. Para ele seria jurisdicional, o processo em que os provimentos cumprem, de fato, o dever fundamental de prestar justiça proposto pelo Estado, isto é, exercitam a “jurisdição”; civil, porque realizam a justiça em matéria civil, isto é, vêm, de regra, instaurados contra violações das normas de direito civil, para tutela dos direitos subjetivos lesados.⁶⁷⁷ No Brasil a situação é diferente, o processo civil é muito mais amplo (pleito cível *lato sensu*)⁶⁷⁸ tendo em vista a unidade da jurisdição.

Mas, mesmo guardadas as diferenças de ordenamento, a realidade italiana e brasileira não se distinguem quanto à característica fundamental de ser **o processo civil o arquétipo de todos os demais processos**, o seu modelo mais completo.⁶⁷⁹

O que qualifica o módulo processual jurisdicional no direito brasileiro (e portanto oferece o mais correto conceito de processo para o nosso estudo) é o procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição.

O fato de ter participação das partes não é suficiente, é preciso que sua participação seja tomada em consideração no momento de decidir. **O que está para além da participação, que por óbvio não basta para distinguir o processo do procedimento, é a**

⁶⁷⁷ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 71.

⁶⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, *supra*.

“estrutura dialética do procedimento, isto é, de fato, o contraditório.”⁶⁸⁰ A noção de participação é essencial mas não é suficiente para determinar a ocorrência de um processo; **poderá ocorrer participação sem contraditório.**⁶⁸¹ O fato de ser estipulada uma seqüência de atos também não é suficiente, **é preciso que esses atos tendam a um ato final.** A participação do juiz como terceiro imparcial será fundamental para a qualificação de ato jurisdicional dada ao ato final, albergados aí os demais elementos do conceito de jurisdição: ato de império (estatal) e imodificabilidade externa do provimento, mas não será suficiente para que o contraditório seja efetivo, substancial.

Por último, mas não menos importante, é de relevo notar que deverá ocorrer a presença de contraditores (pelo menos virtualmente), *“interessado e contra-interessado”*.⁶⁸² **O que importa garantir é que os poderes das partes contraditoras sejam reduzidos no curso do *iter* procedimental para que possam participar em posições simetricamente iguais.**⁶⁸³ Essa **simetria vale também para o juiz**, que como já se viu supra,⁶⁸⁴ não poderá surpreender as partes no curso do processo judicial com juízos de terceira via (matéria não debatida no processo).

⁶⁷⁹ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 71.

⁶⁸⁰ Id., *Ibid.*, p. 83.

⁶⁸¹ Não importando, para os processos não jurisdicionais, se um dos interessados é o mesmo que determina o provimento do ato final. Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 85.

⁶⁸² É o caso do processo administrativo disciplinar, por exemplo. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 86-87.

⁶⁸³ Id., *Ibid.*, p. 88.

⁶⁸⁴ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia do contraditório*.

4.3.3 Crítica a Fazzalari: A Maior Amplitude da Conformação Constitucional Brasileira

Contudo, as observações de Fazzalari, conquanto sirvam para dar suporte à noção de módulo processual, não estão de todo assentes com o que aqui se desenvolve como dimensão democrática e participativa do processo no marco do Estado Constitucional Democrático. Fazzalari se coloca um passo atrás, adotando uma divisão interna entre processo público e privado que não satisfaz e é por isso afastada (*supra*). Para além dessa observação, Fazzalari entende, principalmente em relação ao contexto cultural da Europa-continental, na tradição de *civil law*, (que não é a do processo constitucional brasileiro, *supra*) que:

“Na nossa cultura [*civil law*] não é possível suplantar a ‘norma’ [senso estrito] verdadeira e própria – aquela geral, entendemos – com a sentença (e é também equívoco representar esta última, com um errôneo kelsenianismo, como ‘norma individual’: **a vontade do juiz é ‘ato’, ao mesmo plano do negócio**). De resto, nos ordenamentos dos Estados modernos – e assim no nosso – **a função jurisdicional é instituída como tutela de posições substanciais pregressas.**” (FAZZALARI)⁶⁸⁵.

Assim, justamente por excessivo apego privatista e lógico-formal, a contribuição de Fazzalari para a compreensão do processo como razão prática procedimental fica reduzida e inviabilizada no Direito brasileiro.

Ao cerrar as portas para o discurso judicial e para a criação do direito pelo juiz, Fazzalari adota uma barreira intransponível para a consecução da finalidade de abertura democrática do processo.

⁶⁸⁵ FAZZALARI, *Enciclopedia del Diritto*, p. 1262.

Apenas uma reiteração: por mais que sejam previamente estabelecidas as posições substanciais (adotando-se uma visão de completude sistemática), quando se assume a tarefa de densificar princípios e cláusulas gerais, desaparece qualquer certeza quanto à situação substancial afirmada, dependendo da construção em contraditório, *audiatur et altera pars*,⁶⁸⁶ a resposta judicial mais acertada, frisa-se o óbvio.

Contudo, os juristas brasileiros não mais precisam se resignar e adotar uma postura servil com o processo italiano. Se é que algum dia isso efetivamente aconteceu nas dimensões territoriais brasileiras, é justo ressaltar que não contaminou a todos os processualistas nacionais. O grande exemplo de resistência vem de Pontes de Miranda, no processo civil, e, no campo constitucional, da prática de Rui Barbosa na Primeira República.

Efetivamente não se conformam. Ou, como sobressai em mais de uma oportunidade da obra de Pontes de Miranda, a lei para o jurista brasileiro é simplesmente um guia de viajantes.⁶⁸⁷ Expressiva passagem de Alvaro de Oliveira já adianta essa mudança de paradigma, dá-lhe conteúdo e fundamento na possibilidade da “ousadia” criativa do juiz no contexto dos direitos fundamentais:

⁶⁸⁶ Noção que resgatamos quando trabalhamos sobre o conceito de racionalidade prática procedimental. Cf. VILLEY. **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. p. 243. Cf. ZANETI JR., **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**,

⁶⁸⁷“O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições[portanto, não no Brasil], algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta”. No nosso ordenamento constitucional o juiz se subordina ao direito (art. 5º., XXXV da CF/88), não a lei, portanto: “Se entendermos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá devesse estar, ‘direito’, já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico [normativo e argumentativo], a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Tomo VI, p. 217; PONTES DE

“À luz dessas considerações, **a participação no processo** e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas **como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora** dessas mesmas esferas. **O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.** Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a **produção de decisões conforme a lei**, corretas a esse ângulo visual, **mas, além disso, dentro do marco dessa correção**, presta-se essencialmente para a produção de **decisões justas.**” (ALVARO DE OLIVEIRA)⁶⁸⁸

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Tomo VIII, p. 74.

⁶⁸⁸ Em nota de rodapé, Alvaro de Oliveira adverte com precisão: “de observar que **um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça**, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988” (ALVARO DE OLIVEIRA, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, p. 270). Cf. ainda, ALEXY, **Teoria de los Derechos Fundamentales**, 2001, p. 472. ALVARO DE OLIVEIRA, **Do Formalismo**, p. 65-66.

5 A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS (DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL)

“Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um **novo paradigma de real efetividade**, é preciso **romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas**, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o **declínio do normativismo legalista**, assumido pelo positivismo jurídico, e a **posição predominante**, na aplicação do direito, **dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade**, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma **tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo**, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.” (ALVARO DE OLIVEIRA)⁶⁹⁰

5.1 INTRODUÇÃO: PREMISSAS HISTÓRICAS DO DEBATE

“Outra coisa que talvez não sobreviva a estes dias inacreditáveis é o **nosso velho hábito de confundir tecnologia com civilização**. Um hábito do qual nós já deveríamos ter desconfiado quando se concluía que só um **povo civilizadíssimo como o alemão** seria capaz de desenvolver métodos de extermínio em massa tão eficientes quanto os dos **nazistas**.” (VERÍSSIMO).⁶⁹¹

⁶⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**, p. 11.

⁶⁹¹ Veríssimo comentando a guerra Iraque vs. EUA. VERÍSSIMO. Retrocesso. **Zero Hora**, Porto Alegre, quinta-feira, 10/04/2003. p.3. *grifo nosso*.

O tema das relações entre processo e direito material tem tomado dimensão exagerada na atual fase do processo civil. Talvez esse exagero esteja vinculado ao sentimento de culpa e à “aparente” cegueira que dominou grande parte dos processualistas europeu-continentais na chamada fase processualista.⁶⁹²

Em verdade estas relações são tão importantes e evidentes que jamais deixaram de existir, pelo menos na perspectiva já muito alentada por Cappelletti: a de primeira influência ideológica que exerce, no âmbito da legislação processual, a norma de direito civil (material).⁶⁹³ O processo civil sempre representou, neste quadrante, uma técnica adequada para a consecução dos fins almejados pelo direito material.

Grande valor tem a discussão porque, hoje, no atual desenvolvimento do Estado e da sociedade brasileira, revalida-se o papel dos direitos fundamentais essenciais à dignidade do homem. Essa valorização não é repentina. É antes o fruto de intenso sofrimento da humanidade⁶⁹⁴ e do labor de grupos sociais e dos Estados democráticos.⁶⁹⁵ Aqui o ponto revela-se em toda a sua expressão: os direitos humanos ou fundamentais (como se passará a chamá-los doravante neste ensaio, sem perder de vista a pretensão universalista do termo) necessitam de efetiva realização.⁶⁹⁶

⁶⁹² Referimo-nos aos processualistas italianos e alemães, principalmente aos primeiros, de quem o Código de Processo Civil brasileiro, atualmente vigente, bebeu a maior parte das suas orientações. Tudo em razão da vinda ao Brasil, ainda em 1941, do Prof. Liebman e de seu comprometimento na formação de toda uma geração de processualistas conhecida como Escola de São Paulo. São expoentes deste pensamento, entre tantos, Dinamarco, Grinover e Buzaid, este último, idealizador e responsável pela aprovação, do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5869/73), uma vez que exercia, à época, a função de Ministro da Justiça.

⁶⁹³ CAPPELLETTI, *A ideologia no processo civil* .. p. 17.

⁶⁹⁴ Basta, para exemplificar, referir a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a constituição das Nações Unidas como resposta ao choque causado pela II Grande Guerra.

⁶⁹⁵ Sem falsos utopismos ou ufanismos, podemos ser conscientes da nossa incipiente experiência democrática brasileira, a democracia no Brasil, entendida como duas eleições diretas sem interrupção, tem menos de vinte anos, somos recém saídos da ditadura militar que deixou suas marcas profundas no ensino e na cultura de nosso país. Em 2004 marcamos a passagem de quarenta anos do golpe de 31 de março de 1964 que mergulhou o país na noite escura e ainda não iluminada da ditadura militar.

⁶⁹⁶ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 25.

Destarte, neste momento privilegiado de democratização do Direito, entra em cena a personagem sonora de nosso texto: o processo,⁶⁹⁷ que é o caminho para realização com Justiça do direito material resistido, controverso: o direito insatisfeito automaticamente. O processo é o instrumento com o qual fazemos a escrita, pelo Poder Estatal (Poder Judiciário), da nova ordem jurídica, pacificando o conflito e entregando a cada um o que é seu mediante um procedimento em contraditório. Tal é a dinâmica esposada classicamente pelo Direito. Consoante a sábia lição de Villey, os fins do Direito se resumem no brocardo: *suum cuique tribuere*,⁶⁹⁸ os meios, no brocardo: *audiatur et altera pars*.⁶⁹⁹

Por tudo isso, o conceito que segue se revela essencial para o presente ensaio: **o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado.**⁷⁰⁰ Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo “*accertamento*”, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, neste sentido, que entre **processo e direito material** ocorre uma **relação circular**, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Apenas para evitar o mal entendido é preciso frisar que existem outras perspectivas de abordagem igualmente dignas, algumas das quais serão longamente expostas a seguir, não há demérito nas ciências quando incide a dúvida, esta é antes a mola propulsora do seu progresso espiral, em marchas e contra-marchas. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia del derecho**. Cidade do México: UTEHA, 1940. p. 103.

⁶⁹⁸ Id., Ibid., p. 47, ss.

⁶⁹⁹ VILLEY, **Filosofia do direito**, p. 242, ss.

⁷⁰⁰ Este o fruto natural de qualquer interpretação. Interpretar é transformar, reler, reescrever a norma para o caso concreto. Afirma Humberto Ávila em excelente opúsculo: “...a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.” Assim, ainda dialogando com Humberto Ávila, com reforço em Müller, não existe um significado e sim vários significados, não há significado “pré-dado”. A linguagem se concretiza com o uso e como o uso. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23.

⁷⁰¹ Na autorizada dicção de Carnelutti: “Tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servito dal diritto.” CARNELUTTI. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 35, n. 4, p. 539-550, 1960.

Nesta senda o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, um “direito material novo”. Tal a expressão da aqui proposta **teoria circular dos planos**, que alberga a racionalidade material e processual do direito. Trata-se, portanto, de enfrentar a relação entre os planos do Direito, interdependentes e complementares.⁷⁰²

Para solucionar essa questão pretende-se apoiar a base teórica na aplicação da tópica: não se trata de superação inconseqüente da lei, jurisprudência e doutrina, antes pretendemos utilizar racionalmente os precedentes e o direito posto, bem como o importante e sempre presente fundo doutrinário do nosso direito pátrio (a exemplo do “bartolismo”). Como será cabalmente demonstrado, a tópica, como técnica de solução de problemas, utiliza esses “elementos” (lei, jurisprudência e doutrina) como tópicos de um catálogo tópico de segundo grau (ou especializado), onde a lei tem precedência em razão de seu **alto grau de normatividade**, decorrente, acima de tudo, do princípio democrático, mas não representa papel decisivo nem determinante *a priori*. Aponta-se, assim, para a superação do paradigma legalista - o processo é sempre reflexivo.

Já foi afirmado, por Pontes de Miranda, que o processo dos ramos do Direito é o mais rente à vida, explica e denota o estado de evolução de uma civilização.⁷⁰³ Não por outro motivo, como veria o poeta,⁷⁰⁴ é característica do processo volatilizar a certeza do direito

⁷⁰² Reconhecer a existência dos dois planos do Direito é imperativo do bom senso jurídico. Principalmente na complexidade atual do Direito contemporâneo. Conclusão inarredável que alcançou com precisão Elio Fazzalari no conhecido clássico “Notas em Tema de Direito e Processo”. Cf. FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

⁷⁰³ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, p. XIII, prólogo.

⁷⁰⁴ “Caminho e balança. Ponte e Palavra. Encontram-se em uma passagem. Vai e toma sobre ti. Erro e pergunta. Ao longo da tua única senda.” Martin Heidegger. Aus der Erfahrung des Denkens, *apud* ALVARO DE OLIVEIRA. Apresentação. **Revista Processo e Constituição - Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 5. A tradução do poema pelo Prof. Alvaro de Oliveira já havia ocupado local de destaque em sua obra seminal e traduz a capacidade zetética do pensador, a “alma”(espírito) do cientista. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Alienação da Coisa Litigiosa**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

material; pode-se afirmar que esta é a sua lógica própria, o direito discutido no processo é sempre incerto,⁷⁰⁵ é sempre “problemático”.⁷⁰⁶

Não é esta a lógica do jurista do direito material moderno. Ele acredita que a norma é perfeita e que contém todas as hipóteses de incidência; ocorrendo um fato jurídico *lato sensu* este já incide automaticamente, bastando ser declarado pelo Juiz caso penda dúvida ou conflito.⁷⁰⁷ Desta lógica nasceram as primeiras aproximações do direito material com o processo. A teoria imanentista e, mais tarde, a concretista da ação. Sua matriz é fortemente privatista,⁷⁰⁸ a todo direito corresponde uma ação que o assegura, não há direito fora da regra, sem direito subjetivo não há ação.

Na lógica civilista a consequência é óbvia: a cada direito corresponde uma ação que o assegura (art. 75 do antigo Código Civil de 1916); afinal os direitos estão todos na lei e claramente incidentes após a comprovação dos fatos, portanto, a ação que os tutela decorre desta realidade lógica: é **“uma” porque o direito é “uno”**.

⁷⁰⁵ Por esta razão, em palestra realizada na PUC/RS, por ocasião do lançamento de coleção de comentários ao CPC, afirmou o Prof. Silva com apoio em Goldshmidt: “O processo é uma máquina diabólica de transformar direitos em expectativas.” Para referência próxima a idéia, mas sem a beleza plástica da locução Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Teoria geral do processo**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁰⁵ VIEHWEG, **Tópica y jurisprudencia**, p. 65.

⁷⁰⁶ Id., *Ibid.*, p. 65.

⁷⁰⁷ Muita atenção se deve prestar, contudo, às novas correntes do próprio direito material. Normas de tessitura aberta, cláusulas gerais e normas de fechamento têm propugnado outra estrutura lógica também para o direito material, rompendo com o dogma liberal-racionalista da supremacia e completude da lei. Nesse sentido é a expressa doutrina de Judith Martins-Costa: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que **essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência**.” (p.134). Contudo, apesar de abertas, fornecem “o *minimum* de estabilidade e segurança que, no Direito, vem expresso na necessidade de uma regulamentação coordenada dos comportamentos sociais.” (p.153). MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 129-154.

⁷⁰⁸ Essa visão privatista do processo vem sendo fortemente afastada pelos processualistas contemporâneos. Assim: “Na verdade, não há mais lugar à concepção privatística do processo, tão ao gosto dos civilistas, ainda que a demanda envolva um conflito exclusivamente privado.” SILVA; GOMES, **Teoria geral do Processo**, p. 41.

Na lógica concretista (que também é a lógica da ação de direito material, vista sobre o ângulo do processo) **este fenômeno é indicado pela incidência**. A ação material ou ação concreta (sinônimos para este fim) é agítavel somente após a incidência do direito sobre determinado fato jurídico previsto pela norma.

A questão das relações entre o direito material e direito processual se potencializa justamente porque, ao tempo do processualismo, na dicotomia completa entre direito e processo, abstraiu-se completamente o valor do direito material para a teoria do processo (ou pretendeu-se abstrair) criando dois planos tão distintos que corrente doutrinária de peso defendeu a inexistência de qualquer direito fora do processo.⁷⁰⁹ Essa simplificação extrema reduz o direito à jurisdição e o ordenamento ao processo.

Distorções dessa ordem acabaram por negar uma realidade já advertida anteriormente, o processo precisa, como instrumento que é, estar adequado ao direito material que pretende servir. Nessa ótica, os princípios da adequação e da instrumentalidade se completam (como será visto infra quando será debatido o tema tendo por base excerto de Lacerda).

⁷⁰⁹ Para o jurista italiano Fazzalari seu compatriota Satta é exemplo dessa concepção exacerbada: reduz o direito à jurisdição e o ordenamento ao processo, nas palavras literais “é absolutamente absurdo falar de um direito existente antes e fora da ação” *apud* FAZZALARI, La dottrina processualistica italiana: dall’azione al “processo” (1864-1994). p. 918. No mesmo sentido de Satta parece obrar Alessandro Pekelis afirmando o caráter primário do direito de ação nos ordenamentos jurídicos modernos, no clássico verbete “Azione” do Nuovo Digesto Italiano. Cf. PEKELIS, Alessandro. In: **Nuovo digesto italiano**. Torino, 1938. tomo II, p. 92-108, esp. p. 108. A crítica de Fazzalari vem com exemplo fulminante: é que, nestas circunstâncias (no quadro dessas teorias), o pacífico *status* de pai ou marido restaria apenas uma “larva” (em germe) e precisaria da concreção pelo juiz para existir no mundo jurídico. Vem a seguir uma forte censura as teorias processuais monistas, após afirmar que o conceito de pretensão processual foi mudado várias vezes assevera: “tali teorie, assolutamente minoritarie rispetto a quelle che contemplano la realtà e la coesistenza della sfera sostanziale e di quella processuale, costituiscono - come chi scrive ha avuto modo di constatare [Diritto e Processo, cit.] - un ramo non valido e non vitale del pensiero moderno [in questo senso, Liebman, L’azione, cit.; Arangio Ruiz, Istituzioni, 1954; Betti, La struttura dell’obbligazione, 1955; Micheli, Giurisdizione e azione, 1956; Carnelutti, Il metodo del “non so come”?, 1960; Andrioli, Diritto, 1979.]” Ibid.

Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual, por exemplo, possibilitando a alteração da demanda em seu curso (*e.g.*, §§ 263 e 264 da Ordenança Processual Alemã, §235, 3 da Ordenança Processual Austríaca, § 94 da Ordenança Processual de Berna, bem como, o art. 273, incisos 1 ao 6 do Código de Processo Civil de Portugal), ao contrário, no Brasil, *ex vi* do art. 264 do CPC, após realizada a citação fica estabilizada objetiva e subjetivamente a demanda, só podendo ser alterada com a expressa concordância da parte *ex adversa*, fica vedada, ainda, qualquer alteração no pedido e na causa de pedir após o saneamento, com isso perde o debate judicial parte de sua racionalidade em prol de formalismo não justificado.⁷¹⁰

Daí que a realidade mostrou que **a fase científica ou processualista fez tábula rasa do direito material e deixou de lado as necessárias tutelas diferenciadas que esse exigia para sua correta proteção.**

Este capítulo tem por objetivo resgatar algumas destas questões e propor uma visão pela efetividade do processo, que **resgata, como valor ideológico, o direito material.** Ela demanda adequação do processo e do procedimento **não só ao direito material posto, mas também ao que pretende o autor obter do processo e sua viabilidade frente à força normativa da Constituição.**

⁷¹⁰ Sobre o tema confrontar Alvaro de Oliveira, que insere a temática na perspectiva da máxima cooperação processual. ALVARO DE OLIVEIRA. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição - Faculdade de Direito da UFRGS.**

Antes de representar o fim da fase científica do processo inaugura uma nova metodologia constitucional do mesmo, sem esquecer, justamente por isto, a necessária ponderação entre o valor efetividade e a previsibilidade (segurança jurídica). Preferiu-se o termo previsibilidade à segurança jurídica, a uma porque afasta a falsa noção de certeza que vem adjacente à clássica conformação do princípio, a duas, porque permite falarmos em **padrão e racionalidade tópica**, sem desmerecer o papel da estabilidade nas relações jurídicas.

Como frisou Teresa Arruda Alvim Wambier, em trabalho de destaque:

“O fenômeno da *previsibilidade*, identificável com a expectativa de que os conflitos sejam resolvidos à luz de certos padrões, tem sido vivido como um valor em si mesmo, já que a regularidade objetiva, como fenômeno oposto a arbitrariedade, em si mesma é capaz de gerar certo grau de satisfação social.” (WAMBIER)⁷¹¹

Neste particular uma retomada sobre as polêmicas da ação e da natureza jurídica do processo poderá ser de algum auxílio para se compreender melhor como se deu a evolução do pensamento jurídico e qual o seu estado atual.

Após esta longa introdução, podemos afirmar que se apresentam como premissas:

- a) a natureza constitucional de todo o processo (afastado o falso paradoxo entre um processo constitucional e um processo infraconstitucional);⁷¹²

⁷¹¹ WAMBIER, *Controle das Decisões Judiciais*, p. 391.

⁷¹² O paradoxo não subsiste quando prevalece um de seus elementos, no caso a constitucionalização do processo civil. Cf. ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e Constituição*. MITIDIERO; ZANETI JR. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 23-62.

- b) a “cláusula aberta do controle judiciário” (art. 5º, XXXV), com a decorrente democratização do acesso à Justiça;
- c) a autonomia da ação em relação ao direito material, sua prevalência como ação abstrata;⁷¹³
- d) a prevalência da natureza jurídica do processo entendida como procedimento em contraditório (módulo processual);⁷¹⁴
- e) a prevalência da tópica sobre o sistema (técnica de solução de problemas), vinculada a uma racionalidade prática procedimental e entendida como lógica jurídica em *sensu lato* – modo de pensar do jurista;
- f) a conseqüente recuperação do conceito de juízo: processo é *actum trium personarum*: autor, juiz e réu;
- g) a percepção de que é irreal e moderna a fissura entre Filosofia e Política,⁷¹⁵ Direito e Moral,⁷¹⁶ e também, a fissura entre Direito e Política;⁷¹⁷

⁷¹³ Nesse sentido afirma Fazzalari: “Quanto all’ “azione”, risulta infine superata la contrapposizione “concretezza- astrattezza” così a lungo vissuta in ordine all’azione cognitiva. Ormai si prende atto ch’essa prescinde dall’effettiva esistenza e titolarità del diritto...”. FAZZALARI, **La dottrina processualística**, p. 920.

⁷¹⁴ ZANETI JR., **Processo constitucional: relações entre processo e Constituição**, p. 47-48.

⁷¹⁵ ARENDT. Filosofia e política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências**, p. 91-115. VALLÉE, Catherine. **Arendt: Sócrates e a questão do totalitarismo**. POPPER, Karl. **A sociedade democrática e seus inimigos**.

⁷¹⁶ HABERMAS. **Direito e moral**. Também como apêndice em HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, t. II**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193-247. ALEXU; BULYGIN. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Tradução: Paulo Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

⁷¹⁷ SANTOS. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. ZANETI JR. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: ZANETI JR. e MITIDIERO. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.p.115-164. ALVARO DE OLIVEIRA. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **AJURIS**, ano XII, n. 33, p. 79-85, março, 1985.

h) a denúncia do falso problema da “politização do Judiciário”,⁷¹⁸ bem como a valorização do papel do Poder Judiciário como um dos espaços de discussão política no marco da sociedade democrática e, assim, como “motor” da democracia participativa. Isso porque temos a pretensão de fundar como **epicentro** da doutrina processual o **conceito de processo** e não mais o conceito de **ação** (que antes serve de **veículo** para o debate judicial que se dá no primeiro).⁷¹⁹

O nosso próximo passo é ingressar nas polêmicas criadas por três orientações (aqui dimensionadas com as devidas reduções de sentido)⁷²⁰ sobre as relações entre processo e direito material na perspectiva da ação.

⁷¹⁸ Sobre o tema confrontar a exposição de motivos do projeto “Observatório do Judiciário” proposto pelo Prof. Santos. Cf. SANTOS; MARQUES; PEDROZO. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fevereiro, 1996. SILVA, **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁷¹⁹ Nesse sentido cf. FAZZALARI, **La dottrina processualistica**, *passim*.

⁷²⁰ Seria impossível, para não dizer tarefa muito além do espaço proposto para esta discussão, enveredar pelos nuances teóricos de cada autor. Isso porque, como é sabido, quase todos os autores relevantes em direito processual se valeram do tema da ação para identificar e salientar as suas próprias concepções do problema. Como ficou expresso por SATTA e CALAMANDREI citados por ORESTANO: “Al tempo stesso non vi è forse nozione giuridica che oggi presenti maggiori fluidità, incertezza e mobilità, tanto que più volte è stato affermato esistere “tante dottrine dell’azione quanti sono gli scrittori che se ne sono occupati” e che esse, “come le notti della leggenda sono mille e una, e tutte meravigliose””. Cf. ORESTANO, Riccardo. L’azione. In: **Enciclopedia del diritto**, tomo IV. Milano: Giuffrè, s.d. p.785-822.p. 785. No mesmo sentido, fazendo uma resenha das teorias de Chiovenda, Pekelis, Calamandrei e Orestano cf. TARELLO **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989. (Quatro buoni giuristi per una cattiva azione). p. 241-261.

5.2 A RELAÇÃO DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL NA PERSPECTIVA DA AÇÃO E SUA SUPERAÇÃO PELO PROCESSO COMO DISCURSO PRÁTICO DO CASO ESPECIAL

5.2.1 Síntese das Teorias Abstrata-Monista e Dualista da Ação e Apresentação da Teoria Instrumental

Faça-se uma breve síntese. A teoria monista de direito processual entende ser a abstração e a autonomia da ação a prova da inexistência de direito fora do processo ou pelo menos sua irrelevância. Uma vez iniciada a contenda judicial esta poderá ter como resultado uma condenação, uma declaração ou uma constituição que são as respostas processuais ao afirmado pelo autor na inicial.

A **teoria dualista da ação** pretende ver uma necessária etapa prévia - **ação de direito material** - como essência das sentenças de procedência (plano material) escorada e amparada judicialmente em um direito processual de “ação” (assim com aspas para diferenciar da ação de direito material)⁷²¹ abstrato e autônomo posto frente ao Estado em razão da auto-tutela vedada ao particular, portanto, duas ações: dualista, uma ação de direito material, outra, “ação” de direito processual.⁷²²

⁷²¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, *passim*.

⁷²² A brilhante sistematização da matéria que empreendeu em texto seminal, levou Mitidiero a criar este expressivo epíteto para a teoria, cf. MITIDIERO. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: ZANETI JR, Hermes e MITIDIERO, Daniel. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 63-114. Cf. MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil (art.1º, a 153)**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. tomo I.

A **corrente instrumentalista da ação**, por sua vez, embora dissidente em vários pontos e aproximando-se, dependendo do autor, de uma corrente mais ao plano unitário do Direito ou ao plano dualista,⁷²³ tem autoridade suficiente e congruência adequada para justificar a ultrapassagem do problema aparente surgido: **faz assento na vinculação do direito processual ao direito material afirmado *in status assertionis***. Trata de reconhecer os planos do Direito e permitir que o direito material afirmado seja o objeto do processo; frisa-se, não se traduz em um ponto anterior reconhecido como ação de direito material pré-existente somado à pretensão processual,⁷²⁴ apenas regula o instrumento para determinar-lhe a potencialidade de, em abstrato, servir ao direito afirmado na inicial. Resta, dessarte, aberto o espaço para uma (des)ontologização do conceito de ação, “desvalorizar a importância conceitual da ‘ação’”, passando a tônica para as tutelas jurisdicionais processuais: condenar, declarar, constituir, mandar ou executar.⁷²⁵

5.2.2 Crítica da Essencialidade da Ação de Direito Material para Compreensão das Relações entre Direito e Processo

Por sua importância para a uma das mais relevantes escolas de processo, especial capítulo deve ser dedicado ao estudo da ação de direito material. Tendo Pontes de Miranda e Silva como principais expoentes, a ação de direito material é pressuposto para falar-se em uma orientação dualista (ação de direito material e “ação” de direito processual).

⁷²³ Sobre o problema dos planos do Direito, que é mais relacionado com a criação jurisdicional do que propriamente com a ação, ver tópico supra.

⁷²⁴ Sobre a perspectiva da pretensão processual, defendendo um estado de vinculação da pretensão processual (seu reflexo jurídico) com a ação material, mas atribuindo-lhe um caráter dinâmico cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 125-126.

⁷²⁵ ALAVARO DE OLIVEIRA, **Efetividade e tutela jurisdicional**, p. 31.

Determina a divisão entre os planos de direito material e direito processual explicitando que existe o direito subjetivo material, a pretensão material e ação de direito material, ao lado, do direito subjetivo processual, da pretensão processual e da “ação” de direito processual. Com isso pretende solucionar o impasse histórico entre as teorias da ação: a ação imanentista e a ação concreta seriam a própria ação de direito material,⁷²⁶ enquanto o direito subjetivo ao processo e à pretensão à tutela jurídica seriam pré-processuais e a “ação” processual seria abstrata. Nesse sentir, a admissão, por esta doutrina, da insuperável qualidade da “ação” abstrata de demonstrar com segurança a existência de “ação” processual, quando a ação material é julgada improcedente,⁷²⁷ vencendo as resistências opostas à ação como direito concreto.

A crítica à ação abstrata por parte da concepção dualista fundamenta-se em três aspectos:

- a) o papel da ação que origina o processo não se confunde com o direito ao processo, direito de acesso à Justiça;⁷²⁸

⁷²⁶ Conforme explicitou Mitidiero: “Se tivermos em conta que **a ação imanentista não representa outra coisa que a ação material** ... as noções ofertadas pelos juristas da orientação clássica, salvo certas imprecisões terminológicas, afiguram-se essencialmente corretas.” (p. 66). Mais adiante a referência a Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio L’azione nella teoria del processo civile. In: **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 29.) e a Assis (ASSIS, **Cumulação de ações**, p.61.) que possibilita o mesmo paralelismo de entendimento com relação a ação concreta. MITIDIERO, **Por uma nova teoria geral da ação**, p. 77.

⁷²⁷ O problema que atormentou os teóricos da ação concreta estaria assim superado definitivamente, cf. ASSIS, **Cumulação de ações**, p.63.

⁷²⁸ Silva, com apoio no art. 75 do antigo Código Civil, afirma que a ação de direito material é essencial ao bom desempenho da função processual (determinando, inclusive, o procedimento mais adequado) e que a crítica desta - **serve aos interesses ideológicos na ordinarização e plenarização dos procedimentos**: “Por que e qual o resultado de tais proposições doutrinárias? A resposta é fácil. Se a ação processual é invariavelmente *abstrata*, ou seja, sem causa, dela dispendo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não a tenha, e desprezando-se o conceito de ação de direito material como fenômeno estranho ao direito processual, não haveria por que conservarem-se as inúmeras ‘ações especiais’, de ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão uma ‘ação’, que há de ser uma ação *ordinária* e *plenária*, abolindo-se as ações especiais e sumárias.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. I. p. 110.

b) a ação abstrata estabelece um requisito metajurídico de que o autor esteja de boa-fé em seu pleito;⁷²⁹

c) e, por fim, a ação abstrata, posta com exclusividade no ordenamento, resulta na inarredável supressão do plano do direito material.

Algumas breves notas podem demonstrar o porquê da opção, neste estudo, pela manutenção da teoria abstrata da ação. A primeira questão há de ser verificada dentro da tradição constitucional brasileira. Ora, o pleito civil *lato sensu* e a possibilidade de revisão judicial dos atos dos outros poderes ligada à experiência nacional do *habeas corpus* e do mandado de segurança demonstram claramente a tendência de **ampliação do direito de ação para atingir todas as “posições jurídicas justicializáveis”**.⁷³⁰ Nesse sentido, ocorre uma notável aproximação com a tese de Couture - ação como espécie do direito de petição.⁷³¹ Ter ação como direito cívico significa “poder”, ou seja, garantir a discussão da “questão” sobre a existência e limites do direito subjetivo em foro institucionalizado, apto a construir soluções para os problemas surgidos na vida dos direitos, que é dinâmica. Aliás, corolário lógico da afirmação fundamental de que os direitos em juízo são “incertas expectativas”.

⁷²⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, p. 98, tomo I. MITIDIERO, *Por uma nova teoria geral da ação*, p. 80.

⁷³⁰ Cf. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 173-245. Este tema foi explorado no texto citado onde se afirmou que “**quando existe um direito este também é justicializável**” (Id., p. 496) visando à superação da resistência à defesa judicial de determinados direitos objetivos fundamentais, assegurados no texto legal, mas excepcionados no *forum*. Esta, aliás, revelou-se a orientação do nosso Supremo Tribunal Federal no reconhecer direito subjetivo à saúde para concessão de medicamento para portadores do vírus HIV: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)... A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional.” Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, julgamento 12.09.2000, Segunda Turma. www.stf.gov.br, jurisprudência, acórdãos, verbete: HIV/AIDS, acesso em: 09.02.2003. Sobre o tema da justiciabilidade ou justicialidade do direito à saúde consulte-se a valiosa contribuição de Paulo Gilberto Cogo Leivas. Cf. LEIVAS. *A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002. (Orientador: Luís Afonso Heck).

⁷³¹ COUTURE, Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho procesal civil*, p. 24 e ss.

Quanto à boa-fé no processo como óbice ao atendimento de uma concepção abstrata da ação convém lembrar que não se trata, como erroneamente se afirmou, de conceito metajurídico. A boa-fé passa a ser hodiernamente conceito jurídico de larga importância, quer na sua expressão subjetiva, quer na sua preferível expressão objetiva.

Desse jaez, a imperativa **percepção de que a má-fé não é a antítese da boa-fé objetiva**, que é, antes, **a exigência pura e independente de que cada pessoa obre como “obraría um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”** aferida perante os **casos concretos e considerados o *status* cultural e pessoal dos envolvidos.**⁷³² Ora, a teoria abstrata não propugna um requisito metajurídico, propugna sim uma “pretensão de correção”, ou seja, que os atores judiciais estejam atentos as regras do jogo e não atuem em contradições performativas.⁷³³

Afastados os dois primeiros óbices, resta enfrentar uma importante consideração de fundo sobre a ação de direito material. Silva subdivide a questão em dois equívocos fundamentais:

- a) a transferência para o direito processual da categoria conhecida como *actio* no direito romano (equivalente à pretensão de direito material, sic.);⁷³⁴

⁷³² MARTINS-COSTA, A **boa-fé no direito privado**. p. 411.

⁷³³ ALEXY; BULYGIN. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica sobre la relación entre derecho y moral, *passim*. Como foi definitivamente esclarecido na polémica para que o ordenamento seja jurídico é obrigatória a formulação da pretensão de correção. Isso difere da sua satisfação, quer dizer, a pretensão formulada pelo ordenamento pode ser deficientemente atingida por uma norma ou decisão judicial, caso em que deverá ser efetuada sua correção para ser conforme ao ordenamento que a formula. (Id., p. 68).

⁷³⁴ Cf. supra, ponto 5.1.

b) a idealização de um direito processual inteiramente desligado do direito material: “a ponto, como disse Pekelis, de a própria existência daquele depender do exercício da ação processual.”⁷³⁵

Como afirmou em seguida a abalizada doutrina:

“Este equívoco é tão profundo e arraigado no pensamento e na tradição doutrinária, seguida fielmente pelos processualistas, que ninguém questiona como a ‘ação’ processual, que eles concebem *una* e *abstracta*, poderia ter *conteúdo* declaratório, ou constitutivo ou condenatório, sem tornar-se ‘azione della tradizione civilistica’. O prodígio de alguma coisa que não, tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória é uma contradição lógica que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo.” (SILVA).⁷³⁶

Silva vai ainda mais longe nas suas considerações. Fiel ao seu entendimento, afirma que: “deve, portanto, ficar assentado que a classificação das ações e sentenças diz respeito às eficácias de direito material de cada uma delas, segundo seus respectivos conteúdos.

Mesmo sendo classificação de direito material, o problema é eminentemente processual, dizendo respeito aos processualistas. O estudo das *sentenças de procedência* (!) permite o reencontro dos vínculos entre direito material e processo, contribuindo, portanto, para a desejada efetividade da tutela jurisdicional.”⁷³⁷

⁷³⁵ SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p.172.

⁷³⁶ Id.Ibid, p.179

⁷³⁷ Id., Ibid., p. 180.

Pretendendo alinhar a argumentação que vem sendo exposta, apesar da dificuldade natural pela autoridade da crítica e profundidade das considerações, pode-se afirmar que: a ação (tomada aqui, para efeito de simplificação, em lugar das tutelas judiciais processuais) não é “una” ou “uma” e sim tantas quantas forem possíveis as suas eficácias (tutelas judiciais processuais).

A denominação que recebe será conforme a eficácia preponderante, porém a ação não deixa de conter outras eficácias (tutelas judiciais) por ser uma ação condenatória, *e.g.*, a eficácia declaratória que em todas comumente se apresenta.⁷³⁸ Assim entenderam, por exemplo, Liebman⁷³⁹ e Barbosa Moreira.⁷⁴⁰

O excessivo rigorismo em aproximar as classificações da ação das ações de direito material acaba por levar a novas perplexidades lógicas, por exemplo, a inexistência da eficácia condenatória pois “toda a teorização acerca da natureza da ação condenatória fora coisa vã, posto que esta, materialmente considerada inexistente.”⁷⁴¹

Ou ainda, a inexistência da eficácia mandamental por não estar completamente aderente ao direito material.⁷⁴² Daí a tentativa recente, e bem sucedida, de sistematizar de um

⁷³⁸ A pluralidade de eficácias é mérito reconhecido a Pontes de Miranda na doutrina nacional. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *AJURIS*, n. 35, p. 204-212, 1985.

⁷³⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. *passim*, e esp. p. 30.

⁷⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, **Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema**, *passim*.

⁷⁴¹ MITIDIERO, **Por uma nova teoria geral da ação**, p.106.

⁷⁴² Parece ser este o sentir de Marinoni (p. 431) ao perquirir por um novo conceito de mandamentalidade. Em outro sentido: “Como a classificação trinária é marcada pelos princípios que presidiram a formação da escola sistemática, e como a classificação quinária que foi proposta não está plenamente ligada ao direito substancial, procuramos formular - a partir da idéia de que as tutelas devem realizar as várias ações de direito material e seguindo uma bela e árdua discussão que vem sendo travada principalmente pelos civilistas italianos [nota descritiva]- um esboço de uma classificação das tutelas que pudesse expressar os resultados do processo no plano do direito material.” (p. 431). Marinoni oferece a seguinte classificação em substituição à tutela condenatória: “i) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória em forma específica), ii) tutela reintegratória, iii) tutela do adimplemento e iv) tutela inibitória (aí inseridas a tutela inibitória que tem por escopo prevenir *tout court* a prática de um ilícito, as tutelas destinadas a impedir a continuação ou a repetição de um ilícito, e as tutelas inibitórias relacionadas ao adimplemento)”.(p. 426). A estas se somam a sentença declaratória e constitutiva. Tudo isto inserido dentro do legítimo movimento pela revalorização da tutela jurisdicional do direitos: “Pensar em termos de ‘tutela dos direitos’, dando-se vãs às relações entre o processo e o direito material, parece ser uma tendência do direito moderno.”(p. 395). MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

lado as tutelas dos direitos e de outro as técnicas processuais voltadas para a sua consecução (MARINONI).⁷⁴³ Quando Marinoni fala em técnicas processuais entende-se, aqui, tutelas jurisdicionais de direito processual.

Daí porque, para a doutrina mais esclarecida, os verbos condenar, mandar, etc, não podem ser abstraídos do seu conteúdo processual e, por conseqüência, afastam de si a noção de eficácias de direito material, afirmada algures como correta. Assim afirma Alvaro de Oliveira:

“O provimento jurisdicional, embora certamente se apóie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque, além de constituir resultado de **trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial**, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal. **Tanto é assim que declarar, condenar, constituir, executar ou mandar são verbos que não constam do repertório do direito material. Este fala em indenizar, em resolver contrato, em renúncia de Direito, etc.**” (ALVARO DE OLIVEIRA)⁷⁴⁴

Nós defendemos, nesse sentido, a aceitação das eficácias das ações como eficácias processuais sentenciais,⁷⁴⁵ tutelas jurisdicionais processuais capazes de proporcionar a adequada e efetiva realização do direito material porque contém em potência os efeitos materiais que deverão alterar as relações e situações jurídicas subjacentes. Esta a característica instrumental do processo, retornar direito material, trabalhado em contraditório amplo (juiz e partes), ao *Lebenswelt* (mundo da vida). Uma relação circular, um círculo hermenêutico.

⁷⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Na sua precisa lição, a tutela jurisdicional revela-se como apenas uma das formas de proteger o direito. Com igual intensidade e importância (e, a depender do caso concreto, ainda maior relevo) estão a tutela da norma [– que poderá ser prestada de forma espontânea –] e a tutela administrativa. “a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela administração constituem espécies do gênero tutela de direitos”(p.146). “Percebe-se, ademais, que a sentença definida como mandamental não é sinônimo de tutela inibitória”. (p. 147). E ainda: “a sentença e os meios de execução, portanto, são apenas técnicas para uma adequada prestação jurisdicional.” (p. 147).

⁷⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, **Efetividade e tutela jurisdicional**, p.29-30.

⁷⁴⁵ Cf. ZANETI JR, **Mandado de segurança coletivo**, p. 163.

5.2.3 Teoria da Circularidade dos Planos: a Prevalência do Processo como *Logos* Argumentativo sobre a Ação para Explicar as Relações entre Direito e Processo

Pode ser singela a observação, desculpem o truísmo, mas como se vem frisando: o direito material se torna incerto no processo. A tal ponto de caracterizar-se naturalmente como afirmação, portanto, sempre estará ali *in status assertionis*, jamais como verdade insofismável, imutável. Como esclareceu Fazzalari, a relação direito material/direito processual não se dá mais unicamente entre o direito material e a ação (a demanda representa o início, o movimento em direção à tutela), mas entre o direito afirmado e todo o processo judicial.⁷⁴⁶

Conseqüentemente o processo toma a situação afirmada como um *topos* argumentativo.⁷⁴⁷ E serve a lógica para sua solução. Como se tem entendido, por mais de uma oportunidade, trata-se de abertura à racionalidade prática procedimental que privilegia o problema, portanto, de abertura para a lógica dialética.

Quanto a doutrina da “tutela dos direitos” na perspectiva material,⁷⁴⁸ e da ação de direito material, sua validade sem dúvida se deve a era *pandectista* (*usus modernus*

⁷⁴⁶ “Il rapporto va istituito non più e soltanto fra azione e diritto soggettivo, bensì fra l’intero processo giurisdizionale e tale diritto.” FAZZALARI, *La dottrina italiana*, p. 923. Do mesmo autor, com maior vagar cf. FAZZALARI. **Note in tema di diritto e processo**. p. 112.

⁷⁴⁷ Id., p. 924.

⁷⁴⁸ Cf. MARINONI, *Tutela inibitória*, passim. Outra visão de “tutela dos direitos”, mais preocupada com o retorno material da sentença e identificando a tutela com as eficácias sentencias (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*) revela-se na opção teórica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **O problema da eficácia da sentença**, passim. A reflexão crítica vai unicamente contra a identificação pela escola paranaense de “tutelas do direito” como tutelas materiais, resultados materiais do processo, não a acepção do mestre gaúcho, tutelas processuais do direito material, de que alíás se compartilha, como pôde ser observado ao longo do texto.

pandectorum) e ao momento de afirmação dos direitos privados.⁷⁴⁹ Aceitá-la, hoje, incondicionalmente e sem as reservas necessárias, resultaria retirar a validade da afirmação de que a iniciativa do processo judicial se coloca nele mesmo, no senso de que é a sua característica juspublicística que governa o seu desenvolvimento (em contraditório) e o provimento de mérito. Ou seja, que essa característica projeta sua própria eficácia nas situações jurídicas substanciais por “força própria” decorrente da soberania do Estado-juiz e da legitimação pelo procedimento ligada à “pretensão de correção”.

Como expressivamente marcou Fazzalari: “não por certo em virtude de uma norma de direito privado.”⁷⁵⁰ Marinoni prestou valiosa contribuição ao extremar a “tutela dos direitos” da “técnica processual”, com isso teríamos preservadas as eficácias sentenciasais como técnicas processuais (inclusive a eficácia mandamental) para atingir à tutela dos direitos (e.g, tutela inibitória),⁷⁵¹ um passo importante, mas que entende-se ainda não alcançar a realidade fática do processo, a potencialidade criativa do mesmo na teoria circular dos planos.

Parte do **problema está em reconhecer apenas eficácia de declaração ao comando judicial e negar-lhe a eficácia substantiva decorrente do *imperium***. Esta dimensão acaba resultando o que foi criticamente afirmado por **Fazzalari de “superfetação”**.⁷⁵² Afirmar a necessária ação de direito substancial ou material como característica intrínseca e essencial ao

⁷⁴⁹ Nesse sentido a afirmação de Tepedino como crítica ao fetichismo legislativo da escola da exegese, à completude da norma e ao sistema fechado que acarreta, bem como, à partição estanque direito público e direito privado que daí decorre e finalmente a consequência cultural: “insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, **a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.**” Cf. TEPEDINO Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDIDNO (org.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-16. esp. p. 2.

⁷⁵⁰ Fazzalari se refere ao papel especial da sentença e das decisões judiciais no ordenamento, frente ao caráter público do processo (FAZZALARI, **La dottrina processualistica**, p. 924). Por outro lado, em toda obra do autor italiano podemos notar uma forte vinculação à regra, ao direito positivo escrito em leis, o que se justifica frente ao modelo de legalidade estrita e privatista do processo civil italiano (confrontar a nossa crítica a Fazzalari, infra 4.4.3).

⁷⁵¹ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, *passim*. As riquíssimas pesquisas do Prof. Marinoni estão entre o que de mais atual e contributivo existe para a formação de um processo brasileiro no Estado Democrático de Direito.

⁷⁵² FAZZALARI, **La dottrina processualistica**, p. 924. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **Efetividade e tutela jurisdicional**, p. 25. Com especial menção a crítica de Couture a teoria da ação material em Pontes de Miranda.

entendimento da relação entre direito e processo é reproduzir o paradigma, **evitando a compreensão prospectiva do processo como instrumento potencializador da Justiça material.**

Não se pode esquecer, de outra banda, que **a ação de direito material existe e é aferível de pronto nos casos em que o sistema jurídico ainda possibilita a autotutela.**⁷⁵³

Por exemplo, existe ação de direito material na auto-executoriedade administrativa, existe ação material no desforço e defesa imediata da posse esbulhada ou turbada (art. 1210, parágrafo 1º. da Lei 10.406/2002, novo Código Civil), como existe ação material no embargo extrajudicial de obra nova, perante duas testemunhas, pelo qual o nunciante pretende evitar a continuidade da obra (art. 935 do CPC), ou ainda, existirá ação de direito material no exemplo citado por Pekelis do art. 713 do Código Civil italiano que permite ao proprietário de abelhas perseguir o enxame pelas terras vizinhas para obter sua restituição por mão própria.⁷⁵⁴ Todos exemplos de **agir para a satisfação de um direito próprio independentemente da vontade do titular.** Para Silva e Pontes de Miranda a ação de direito material se caracteriza justamente por esse agir com a ausência da vontade do obrigado. “A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.”⁷⁵⁵

Sem dúvida subsiste a categoria; apenas afirma-se que **sua essencialidade significaria um limite excessivo para realização de novos direitos**, assim como na vinculação, prévia, de toda a tutela “técnica” processual a uma tutela de direito “material” anterior. que precisam ser construídos pela jurisprudência, nos quais as circunstâncias fáticas não denotam

⁷⁵³ Como foi bem salientado por Alvaro de Oliveira, mesmo nesses casos restará viável, frente à tutela judicial, a análise superveniente daquela conduta, se conforme ou não ao direito. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, **O problema da eficácia da sentença**, *passim*.

⁷⁵⁴ PEKELIS, **Azione**, p. 94.

⁷⁵⁵ SILVA, **Curso de processo civil**, vol. I, p.81.

automaticamente sua incidência, dependendo esta da laboriosa atividade das partes e do juiz no processo judicial (é o caso dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais que precisam ser preenchidos, no caso concreto, caso ocorra desacordo sobre sua extensão e densificação e, também, o caso das “posições jurídicas justicializáveis” que ainda não foram expressamente reconhecidas como direitos subjetivos, *e.g.*, questões ambientais complexas, direito à saúde, direitos de gênero).

Nestes casos, a incidência não coincide com a aplicação da norma em abstrato, mas sim com a decisão judicial, que constitui essa incidência, cria direito. Portanto, não existe ação de direito material anterior a ser exercida concomitantemente à “ação” processual. Para além dessas constatações, podemos reafirmar que, frente à incerteza substancial do direito *in status assertionis* (afirmado), posto em uma ação judicial, não faz nenhum sentido, principalmente em sociedades complexas, exigir-se uma “ação material” anterior. Tudo que é sólido, desmancha no ar.

Assim, indicando a corrente instrumentalista e a ação abstrata como opções teóricas mais corretas, e partindo destas para esboçar os traços próprios da **teoria da abstração-criativa da ação** ou “prospectiva” do processo⁷⁵⁶ acentua-se que as relações entre processo e direito material se dão pela afirmação (*in status assertionis*) do direito material na petição inicial⁷⁵⁷ e pela conseqüente adequação da tutela pleiteada aos interesses do autor.

⁷⁵⁶ Em excelente tese de doutorado, nuper-publicada pela editora Forense, o Professor Knijnik expõe as causas da releitura da dicotomia questão de fato/questão de direito e indica na causa processual o surgimento de um processo prospectivo em conjunto com o instrumentalismo processual: 1º) causa hermenêutica (falibilidade do conhecimento e falácia subsuntiva, historicismo, espiral hermenêutica e pré-compreensão); 2º) causa dogmática (fuga para as cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas elásticas); 3º) causa processual (instrumentalismo e processo prospectivo). KNIJNIK.. **O Recurso Especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica**. p. 19. Cf. KNIJNIK, **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**.. esp. p. 13-82. Nessa última perspectiva “reconhece-se ao processo uma função transcendente ao interesse individual e privado, ganhando valor o precedente judicial no contexto das fontes do direito.” Daí surgirem “questões mistas” (questões de fato e de direito) que poderão ser analisadas no âmbito de sua “nomofilaquia tendencial, no sentido que se transformam, uma vez examinadas, enfrentadas e catalogadas, em questões de direito, e, como tais possam ser cotejadas .” (Id., p. 268-269).

⁷⁵⁷ BARBOSA MOREIRA. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. In: **Temas de direito processual - primeira série**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 200.

Não se diga que a jurisdição não atua sobre hipóteses, que atua exclusivamente sobre fatos reais, **o mais certo que se tem hoje é a afirmação da incerteza consubstancial à discussão judicial.** O direito material quando levado ao juízo se torna uma expectativa, se volatiliza toda a certeza que eventualmente tem seu requerente ou mesmo a que lhe parece oferecer o ordenamento jurídico material.⁷⁵⁸

A redação do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), entre outros novos diplomas legais, evidencia e confirma essa leitura porque, ao contrário do que estabelecia o art. 75 do antigo Código Civil de 1916 (não transcrito para o novo diploma do direito civil), determinam **cabíveis todas as espécies de ações (sic. tutelas jurisdicionais processuais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos afirmados perante o judiciário.** Como corolário, de uma mesma situação de direito material afirmada, surgem diversas tutelas judiciais possíveis, ou seja, a ação não é mais “uma” ou “una”, antes traduz sua potencialidade em diversas eficácias voltadas à efetividade da tutela.⁷⁵⁹ Nesse sentido afirma Alvaro de Oliveira: **“...a eficácia se apresenta apenas como uma forma de tutela jurisdicional, outorgada a quem tenha razão, seja o autor, seja o réu (sentença declaratória negativa)...a distinção entre as diversas espécies de tutela jurisdicional não é arbitrária.”**⁷⁶⁰

Após estas breves considerações, em que se acredita ter evidenciado o ponto de vista, revela-se importante analisar-se, nesta perspectiva, dois trechos históricos de autores de monta sobre os temas versados.

⁷⁵⁸ Em sentido contrário cf. a crítica de GOMES, Fabio ; SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 125. MITIDIERO, **Por uma nova teoria geral da ação,** p. 85.

⁷⁵⁹ Esta, aliás, é uma lição que aos poucos começa a ficar antiga em tema de ações coletivas. Cf. ZANETI JR, Hermes.. **Mandado de segurança coletivo.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

⁷⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, **O problema da eficácia da sentença.** p. 443.

5.3 A CRÍTICA DE PONTES DE MIRANDA AO CARÁTER INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL

Analise-se a seguinte passagem de Pontes de Miranda:

“FINALIDADE DO PROCESSO; FUNÇÃO JUDICIÁRIA; PETIÇÃO E DEMANDA.- (a) A **Finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos.** Na parte do direito público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do processo de adaptação social que é o Direito), uma das funções é a da *atividade jurisdicional*. (Dissemos uma das funções, porque muitas outras existem, como a polícia preventiva, a fiscalidade, a administração e a própria atuação educacional do Estado). (b) Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe prover à distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido. **Seria erro crer-se que a organização judiciária é consequência necessária do direito objetivo. Não seria impossível a concepção romana primitiva, nem a estrutura de vida social em que as ofensas aos direitos ficassem entregues inteiramente a árbitros, portanto a terceiros pessoas que não são órgãos estatais.** O Estado só responde e só se interessa pela função judiciária dentro da sua esfera. O direito objetivo que ele aplica é o seu ou o de outro Estado; por onde se vê que não existe ligação necessária entre o direito objetivo e o aparelho de justiça. ***O processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo. Daí dizerem muitos juristas que é meramente instrumental. Outros vão além: consideram as regras jurídicas processuais como secundárias, inconfundíveis com as de direito material, tidas por primárias.*** Legislação e Justiça seriam assim funções sucessivas, em ordem decrescente. Não é aqui o lugar para se criticar tão defeituosa compreensão da atividade jurisdicional, nem para se chamar atenção, o que seria fácil, **para a arbitrariedade separativa que faz do legislador o único foco da elaboração jurídica,** e da justiça atividade de segunda plana, mecânica e incapaz de criação. **À base de tudo isso está a inadmissível identificação de direito e lei.** O legislador faz a lei. **O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferentes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados.** No momento que **alguém se sente ferido em algum direito,** o que é **fato puramente psicológico,** o Estado tem interesse em acudir à sua revolta, em por algum meio ao alcance do lesado, ainda que tenha havido erro de apreciação por parte do que se tenha ofendido. **A justiça vai recebê-lo, não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação [sic.]: recebe-o como alguém que vem prestar perante os órgãos diferenciados do Estado a sua declaração**

de vontade, exercendo a sua pretensão à tutela jurídica. A *petitio* não é mais que ato jurídico processual, como existem atos jurídicos de direito civil, de direito comercial, de direito administrativo, de direito das gentes. A justiça de mão própria foi a justiça primitiva. Mas, a pretexto de justificar, o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava. Aos poucos foi-se introduzindo a escolha de juiz e, depois, a vigilância estatal para essa escolha. A justiça estatal, tal como é hoje, resulta de desenvolvimentos milenares. À medida que se acentuava e se estendia, proibiram-se os atos de justiça de mão própria. A substituição dessa por aquela processou-se mediante a assunção da tutela jurídica pelo Estado, que a prometia e criava os órgãos necessários a ela.” (PONTES DE MIRANDA)⁷⁶¹

Desta visão pode-se extrair que para Pontes de Miranda:

- a) o Estado está obrigado a prestar a jurisdição;
- b) o processo não é instrumento do direito material porque “não existe ligação necessária entre o direito objetivo e o aparelho da justiça” [sic.];
- c) o direito não se confunde com a lei, pode ser criado por outros órgão “jurisferantes”, a exemplo do próprio juiz;
- d) a petição que inaugura o processo é apenas ato jurídico processual, aquele que requer algo perante o judiciário não necessariamente tem o direito subjetivo, direito material ou mesmo a ação de direito material. Nesse sentido recordamos, para Pontes de Miranda a “ação” processual decorria da obrigatoriedade do Estado de prestar a jurisdição, ou seja, da pretensão

⁷⁶¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, p.233-234)

processual abstrata à tutela jurídica. A ação de direito material somava-se o exercício da “ação” ou remédio jurídico (sic).⁷⁶²

Os instrumentos processuais são elaborados e sofrem influência da ideologia interna ao direito material e diretamente das ideologias políticas, portanto o processo jamais pode ser considerado distante do direito material a ponto de se afirmar que não existe ligação entre este e “o aparelho da justiça”.

Ao tentar valorizar a ação de direito material, Pontes de Miranda, acaba por cindi-la, no plano lógico, da ação de direito processual, agindo de forma radical (dualismo de planos).

Assumir a instrumentalidade do processo não o torna servil ao direito material, há aí erro de monta, o instrumento, como ente individualizado e separado do direito que instrumentaliza, poderá produzir um resultado melhor do que o objeto sobre o qual trabalha, e mesmo um resultado diverso. Portanto, também há origem democrática nas sentenças que,

⁷⁶² A teoria dualista fica aí caracterizada novamente. Direito subjetivo, pretensão e ação de direito material exercidos através do direito subjetivo, pretensão e ação de direito processual, portanto constitui erro grave afirmar que Pontes de Miranda era concretista (cf. HENNING, Fernando Alberto. **Ação concreta: relendo Wach e Chioyenda**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. esp. p. 170 - 171). O autor deixa claríssimo em toda sua obra que a “ação” processual é abstrata, tem fundamento constitucional e independe do direito material. Vale repassar um pequeno trecho da obra de Pontes de Miranda onde parece incorrer em erro, baralhando sua própria sutil distinção: “O remédio jurídico processual é o oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perlustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente como ação. Tão diferentes são ação e remédio jurídico processual, que todos os dias, ao julgarem os feitos, os tribunais declaram que o indivíduo não tem a “ação”[aqui deveria ser sem aspas, por referir-se a ação material, visto que a ação processual para Pontes é sempre procedente]. No entanto, usaram o remédio jurídico processual. Poderiam dizer mais: que não tinham, sequer, pretensão; nem, ainda mais, direito subjetivo.” Ao que demonstra a leitura atenta Pontes de Miranda usou suas “aspas distintivas” onde não devia. Cf. PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, p.94. Contudo vale uma ressalva, todos os autores concretistas de uma forma ou de outra, utilizando um ou outro expediente, procuram demonstrar a existência de um “direito” de acesso à Justiça (Nesse sentido de forma clara, HENNING, **Ação concreta**, p. 168 e 171), a distinção está apenas na afirmação de Pontes de que este acesso será mediante uma “ação” processual e daí se inferir que admite uma “ação” abstrata ao lado de sua ação concreta. Trazendo expressamente o sentido dessa classificação: “É de notar que aquilo a que vimos chamando ação abstrata não é o mesmo que a ‘ação’ (assim, com aspas) na teoria de Pontes. Ação com aspas, na teoria de Pontes, é o ato pelo qual se exerce a *pretensão de tutela (que é o nome que esse mestre dá aquilo que chamamos ação abstrata)*. Vê-se que a pretensão de tutela de Pontes é coisa completamente diferente da pretensão de tutela de Wach, pois nesse último há pretensão de tutela à ação concreta, não na ação abstrata. Felizmente a ação (sem aspas) de Pontes é a boa e velha ação concreta: trata-se do **ente jurídico que assiste àquele que tem razão**, e não de um ato que ele pratica. Em fim, para compreender as teorias da ação é preciso primeiro redigir um dicionário que traduza a linguagem de uma para as demais.” Id., p. 173, nota 277.

como notou Pontes de Miranda, criam direito, pois a criação não se limita à lei.⁷⁶³ A vinculação entre o direito material e o processo se dá por um “nexo de finalidade”. Não há “integração ontológica” entre processo e direito material; são entes distintos, com lógicas distintas, como se verá à seguir. O processo lida com a aplicação do direito, com a busca pela Justiça e não só com a lei, espécie de “justiça” previamente estabelecida pelo legislador para casos-tipo.

Importante deixar expresso que não se trata de abandonar o princípio democrático, nas palavras de Pontes de Miranda, todo esforço pela Justiça da decisão é válido no Estado de direito “desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio básico nos países civilizados.”⁷⁶⁴

⁷⁶³ Nesse sentido, outra passagem, ainda mais clara, trazida do prólogo aos Comentários de 1973: “**Pensar-se que é essencial ao processo a apuração da verdade, como é essencial à ciência, revela que não se leva em conta terem existido períodos em que não se tinha tal escopo, e ainda hoje o juiz tem por fatos verdadeiros circunstâncias ou situações que não no são. Tampouco é essencial ao processo realizar o direito objetivo, porque o elemento pacificador superou a esse, em muitas épocas. Confunde-se, ali e aqui, com o ponto a que tende a evolução dos institutos a essência deles.** Tempos houve em que o processo, em vez de realizar, criava o direito. **Ainda hoje ele cria.** É de esperar-se que, dentro das futuras planificações econômicas, a sua criação, dentro delas, seja enorme. **O que lhe é essencial é aplicar o direito.** Não há só aplicação de direito preexistente. **Aplica-se, também, o direito que se revela no momento, coincidindo então incidência e aplicação judicial,** como coincidem incidência e aplicação espontânea quando a lei manda que no dia tal se pratique o ato tal e as pessoas sujeitas a ela, obedecem. **Tal concepção,** que completa e supera a de Bülow, Kohler, Degenkolb, Chiovenda e Brütt, **permite harmonizarem-se a conceituação do processo e a conceituação das fontes e interpretação do direito.**” Sem negrito no original. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, p.XXVIII.

⁷⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, p. 233-234.

5.4 A CRÍTICA DE GALENO LACERDA AO PROCESSO COMO ADJETIVO E COMO DIREITO FORMAL

Em passagem histórica, de lição inolvidável e rara poesia, afirma Lacerda:

“CAUTELA E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PRINCÍPIO DE ADEQUAÇÃO - **Erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito *adjetivo*, ou como direito formal.** O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos BENTHAM. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. **Instrumento não constitui *qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade.*** Se não é qualidade, também não será *forma*, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa *forma* do direito material. Aqui, **o erro provém de endivida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísica de matéria e forma, como conceitos complementares.** Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado.

O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material - direito formal, e sim, **direito material - direito *instrumental*.** Isto porque **instrumento, como ente ‘*a se*’, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita *material*, sobre a qual opera.** Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação. Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo há de ser, portanto, a ***adequação*.**

Como são três os fatores a considerar, a adequação se apresenta sob **tríplice aspecto: *subjetiva, objetiva e teleológica*.** Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto; atuar, sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim; trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de

calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos. Assim também há de suceder com o processo, para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito.”(LACERDA)⁷⁶⁵

Do texto extraíram-se as seguintes ilações:

- a) consiste em erro crasso a denominação direito adjetivo ou direito formal como sinônimo substitutivo de processo civil;
- b) o processo civil é instrumento, direito instrumental, e portanto ente ontologicamente, estruturalmente, distinto do direito material;
- c) o instrumento (direito processual) liga-se ao objeto (direito material) por um nexo de finalidade (prestação jurisdicional com Justiça – pretensão de correção);
- d) o direito material regula as formas próprias dos atos jurídicos-materiais, assim como o direito processual regula as formas próprias dos atos processuais;
- e) como instrumento, conceito relativo, o processo necessita ou pressupõe três elementos: os sujeitos, o objeto e a finalidade, aos quais deverá estar adequado (princípio da adequação).

⁷⁶⁵ LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 23-24

Revela-se de suma importância a fixação deste entendimento. Entre os muitos autores que vacilavam nesta compreensão está o genial Pontes de Miranda que em várias passagens afirmava o caráter formal do processo.⁷⁶⁶ Contudo é imprescindível a clara menção de que o grande jurista jamais subordinou, como secundário, o direito processual ao direito material.⁷⁶⁷

O brilhantismo de Lacerda expresso na lição supra conduz às considerações seguintes sobre a relação entre processo e direito material, observando-os em seus **nexos de finalidade frente ao constitucionalismo contemporâneo e aos princípios e cláusulas gerais como normas jurídicas de menor densificação.**

5.5 ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO PARA O IMPASSE: A MUDANÇA DE PERSPECTIVA E A INFLUÊNCIA DO MODERNO CONSTITUCIONALISMO E DA PRINCIPIOLOGIA NA RELAÇÃO DIREITO E PROCESSO

“A fratura entre direito substancial e direito processual é, em um certo senso, moderna: é o resultado do esforço do pensamento jusnaturalístico de construir um sistema de direito, independente de qualquer ordenamento positivo; nesta atmosfera é imersa a concepção do processo como técnica a serviço de um sistema dos direitos privados.” (GIULIANI).⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ Para uma amostragem basta ler à larga os Comentários ao CPC de 1973 nos quais Pontes reafirma este entendimento em variegadas paragens. Cf. PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I. esp. p. 33,34, 38 e *passim*. Não obstante a distância temporal da lição o fascínio do genial alagoano não deixou de seduzir mentes mais jovens como Mitidiero que inadvertidamente adotou em seus escritos seminais a expressão “direito formal”. Cf. MITIDIERO, Daniel. Notas sobre o art. 1º do Código de Processo Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez Editora, n. 299, p. 19-43. *passim*.

⁷⁶⁷ Nesse sentido: “Velhas convicções superficiais e livrescas tinham a lei (feita pelo príncipe!) como o direito em sentido próprio e o processo (em nome do príncipe!) como fato secundário, transeunte, ninharia da vida diária. Por extensão, também o direito processual (aliás, também feito pelo príncipe!). A crítica de tais hierarquizações começou no século XIX e chegou, por seu turno, ao exagero de considerar o direito processual, não *abaixo* nem *ao lado* do direito material, mas *acima dele* (Heinrich Degenkolb, *Beiträge*, 54; Wilhelm Sauer, *Grundlagen*, 20). As duas atitudes extremas são tão erradas como a hierarquização entre corpo e psique, objetivo e subjetivo, liberdade física e de pensamento e vontade, etc. As cisões, produto nosso, da vida, com intuítos práticos. **No desenvolvimento do homem, teses e antíteses, que suscitam, no terreno filosófico, o materialismo e o idealismo, com as suas sínteses variáveis para cada momento histórico de inevitável redução.**” PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao CPC**, p. XXIX.

⁷⁶⁸ GIULIANI, **Il concetto di prova**. p.232. Para Guliani, o afastamento da concepção de prova como *argumentum* causou esta fratura. “O modo de conceber a prova condiciona não somente as relações entre questão de fato e questões de direito, mas também aquelas entre direito substancial e direito processual.” (Ibid.).

5.5.1 Remédios Precedem Direitos:⁷⁶⁹ a Precedência das Ações como Direito Cívico (*Status Activus Processualis*)⁷⁷⁰ aos Direitos na Tradição do *Common Law* e no Período Clássico (*Legis Actiones* e *Per Formulas*) do Direito Romano

Em primeiro lugar é preciso (re)frisar a separação lógica que começou a ocorrer, mais intensamente, em meados do século XVI entre o direito razoável/tópico e o direito racional(sic.)/apodítico, que é também a separação entre o *judicium* e o *processus*, entre ordem isonômica e ordem assimétrica.⁷⁷¹

Com ampla fundamentação em Giuliani⁷⁷² e Picardi,⁷⁷³ podemos afirmar que a apropriação do direito pelo príncipe (Estado) e a nacionalização da soberania repercutiram profundamente no conceito mesmo de direito.

⁷⁶⁹ A afirmação é corrente no direito norte-americano. Impressionou a força de sua exclamação nas primeiras palavras proferidas pelo Prof. Wolley em conferência na UFRGS: “A primeira declaração é a de que um direito sem um remédio não é um direito...”. WOLLEY, Introdução ao direito norte-americano – curso intensivo por professores da Universidade de Texas-Austin. 20 e 21 de agosto de 2001, Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. Nesse sentido, revela-se de grande importância a doutrina da atipicidade das formas, reconhecida nos remédios (aqui: ações), sendo de grande utilidade sua aceitação para impedir que exista um direito justicializável sem ação. Cf. YARSHEL, Flávio Luiz **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p.179-180. Claro está, contudo, que as regras de adaptabilidade do procedimento à tutela material pretendida devem ser preservadas e até mesmo melhoradas, uma tendência não rivaliza com a outra, antes compartilham o mesmo objetivo de prestar jurisdição efetiva. Sobre o princípio da adaptabilidade ou adequação ver ALVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, p. 116-120; LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário**, p. 161-170.

⁷⁷⁰ A expressão *status activus processualis*, formulada por P. Häberle, vem referida por CANOTILHO, Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. esp. p. 155. Cf. tb. SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**,. esp. p. 208-212 (Direitos à participação na organização e no procedimento).

⁷⁷¹ ZANETI JR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil**. In: ZANETI JR, Hermes; MITIDIERO, Daniel. Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. p.115-164. p.120.

⁷⁷² Para uma leitura mais ampla cf. GIULIANI. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Cf. GIULIANI, L’ordo judicarius medioevale. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 598-613, .

⁷⁷³ PICARDI. Diritto moderno. In: **Enciclopedia del diritto**, p. 101-118.

Esta lógica, contudo, não contaminou o direito de *common law*, que por circunstâncias políticas e históricas (*Magna Charta Libertatum* na Inglaterra,⁷⁷⁴ Constituição da Filadélfia nos EUA) manteve-se fiel a uma outra lógica jurídica, a lógica da probabilidade, do razoável.

A implicação daí decorrente é que os juristas do *common law* raciocinam ainda com a mentalidade dos operadores romanos e áticos, no que significa **afirmar que as ações precedem os direitos**, repudiando o direito previsto (totalmente) em um sistema fechado *a priori*, assim, mais abertos à formação dialética do direito. Justamente porque acolheu o espírito do processo romano sem ser influenciado, até por conseqüências históricas, pelo direito de Justiniano, o direito do *common law* restou vizinho ao direito romano clássico, ao período formulário, mais expressamente. De maneira que sua contraposição com a tradição continental é a contraposição do *Corpus Iuris Civilis*, direito romano da fase pós-clássica (*cognitio extraordinem*) ao direito romano do período clássico, *per formulas* (sem esquecer, por óbvio, o forte papel de outros elementos da tradição, como a criação da jurisprudência na tradição do *judge-made-law* e a influência determinante dos institutos do direito germânico e canônico na tradição de *civil law*).⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ Sobre essas circunstâncias anotou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em referência expressa à garantia do devido processo legal: “Concebida originariamente como freio ao poder real, e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de Direito.” ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, p. 85.

⁷⁷⁵ Nesse sentido: “En cuanto al proceso romano clásico [que Cappelletti convocava ao período formulário – séc. I a.c ao séc. III d.c., período da ascensão da civilização e cultura jurídica romana, incluindo o período *legis actiones* em um momento pré-clássico]... se puede decir desde luego... que afinidades com ese sistema se encuentran antes bien en el de los países del *common law* que en el de los países europeo-continentales y em general de los países del *civil law*...” CAPPELLETTI, Mauro El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición “civil law” – “common law”: apuntes historicos-comparativos. In: **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. 315-361. p. 317. Inclui, aqui, os países da América Latina, contexto que pretendemos afastar na presente tese quanto ao direito processual constitucional *lato sensu*. Mais adiante, afirma que ocorre hoje o enfraquecimento das parselhas direito romano clássico-*common law* (Pringsheim)/ direito justiniano – *civil law* (Id., p. 361), graças ao desenvolvimento atual do direito, apontando que os pontos de encontro estão se multiplicando.

Por outro lado os juristas da tradição romano-canônica tendem a privilegiar as regras de direito material (substancial), reforçando seu caráter abstrato.⁷⁷⁶ Não por outro motivo ficou reservado ao direito processual o papel mais lógico-formal: a aplicação do direito ao caso litigioso, em um rígido silogismo. Daí expressiva locução de Leibniz: “todas as formas de procedimento [processo] na justiça não são outra coisa, em efeito, do que uma espécie de lógica [formal], aplicada às questões de direito”.⁷⁷⁷

No período clássico do direito romano, a existência ou não do direito dependia da sua agitação em juízo. O cidadão romano era mais consciente de seus direitos na expressão: “eu tenho uma ação”; do que propriamente na nossa atual dimensão “eu tenho um direito”.

Tucci e Azevedo identificam esta propensão com o direito material de ação, na célebre fórmula de Celso (o direito de alguém perseguir, mediante um processo, aquilo que lhe é devido – *D. 44.7.51, libro III digestorum*). Discorda-se desta relação imediata, até porque, entende-se mais correto e essencial ao elaborado conceito de ação de direito material, a existência de um direito subjetivo anterior a sua persecução em juízo, ou seja, um direito que não se apresentava na ótica romana antes da decisão final. A ação material é efetivamente a ação de quem tem o direito antes, sem isso não poderia agir, agiria contra o direito (sic).⁷⁷⁸ O tema reflete, assim, a opção para o enfrentamento das relações entre direito e processo.

⁷⁷⁶ Conforme ficou assente da lição de David, entre muitos: “Tradicionalmente, o interesse dos juristas do continente europeu volta-se para as regras substanciais do seu direito (*substantive law*). O processo é por eles abandonado, assim como tudo o que diz respeito às provas ou à execução das decisões de justiça.”; diferentemente: “O direito inglês [e poderíamos incluir aí o norte-americano] não é um direito de universidades nem um direito de princípios [como máximas hierarquizadas]; é um direito de processualistas e práticos.” Esta noção persiste na Inglaterra e nos Estados Unidos da América nesses países o jurista se pergunta com frequência: de que vale a afirmação de um direito ou princípio se na prática ele não pode ser aplicado? Mantém-se no espírito dos juristas o interesse vivo pelo processo como forma de aplicação e construção do direito. DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 320-323.

⁷⁷⁷ LEIBNIZ, Noveaux Essais, IV, n. 16, parágrafo 9, *apud* PICARDI, **Diritto moderno**, p. 111.

⁷⁷⁸ Nesse sentido CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 45-46. Cf. SILVA, **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 1997, p. 172.

A discussão não é recente, nem se credita à doutrina brasileira. Bem clara passagem em Liebman na qual este espanca as dúvidas sobre a sua concepção da estrutura do processo romano. Para Liebman a coisa julgada na tradição romana clássica era a resposta dada pela jurisdição, criava direito e vinha ligada

“à concepção, que tinham os romanos clássicos, das relações entre direito e processo: pois para eles apenas levava em conta a *actio*, e o direito se considerava unicamente segundo as diversas fases do *agere*; e para eles, mais do que quaisquer outros seria errôneo falar a respeito da coisa julgada numa ficção ou presunção de verdade, visto que era ela o que de mais concreto e real se podia dar, **enquanto a sentença não declarava a existência ou inexistência dum direito, mas criava antes um direito novo.**” (LIEBMAN)⁷⁷⁹

Consoante o que vem sendo afirmado, desde que o direito abandonou o sistema das ações do direito romano, existe cizânia entre a noção processual (sic. formal - meramente declaratória, de reconhecimento do direito, *in abstracto*, ato de inteligência) ou material (constitutiva, criadora da norma individual, *in concreto*, ato de vontade) da sentença, e do seu conseqüente caráter ora declaratório, ora constitutivo.⁷⁸⁰

O brilhante processualista Bedaque, que tão bem soube adequar seus estudos aos temas da atualidade e tão grande valor vem dando a matérias candentes da teoria processual,⁷⁸¹ expressamente referiu a adoção da tese anglo-saxã como alternativa possível de solução para a dicotomia radical entre direito material e processo. Afastou-a, contudo, sob a

⁷⁷⁹ Cf. LIEBMAN. p. 4, sem grifo no original. Em sentido oposto, cf. SILVA, **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 172.

⁷⁸⁰ Cf. MESQUITA, José Inácio. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: s.e., 1963. esp. p. 17-23.

⁷⁸¹ Bedaque elaborou sua dissertação de mestrado sobre os poderes instrutórios do Juiz (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994); sua tese de doutorado sobre as relações entre o processo e o direito material (Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.); e a sua tese para o concurso de cátedra sobre as tutelas de urgência e sumária (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2001).

argumentação de que na tentativa de relativizar o binômio “confunde os dois planos do ordenamento jurídico.”⁷⁸²

Não se enxerga, assim, o tema, antes ao contrário. Faça-se uma breve digressão sobre as conclusões de Bedaque que são esclarecedoras. Para Bedaque “[o] próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea.”⁷⁸³ Assim, o direito processual seria o conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo, sendo que o direito afirmado representaria o suporte para o seu exercício: “a ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação de um direito material para o seu exercício.”⁷⁸⁴

Ora, concorda-se plenamente com as assertivas. Apenas se ressalta que a primeira, não realização espontânea do direito material, depende, para o autor e bem assim para Dinamarco, de um excessivo vínculo com a noção chiovendiana de atuação concreta da lei, com as devidas sutilezas traduzidas pela visão acurada de outro mestre paulista, para quem : “O escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito.” Dependendo este “direito” de uma “**revelação inteligente**” por parte do julgador que leve em consideração fato, valor e norma.⁷⁸⁵

O problema retoma a dimensão dos planos do direito. Deve-se fazer a depuração do que se entende por plano de direito material e plano do direito processual, para verificar se a

⁷⁸² Na passagem efetua crítica à doutrina da *forms of action* de Di Majo, alegando confusão entre os planos (sic.). Cf. BEDAQUE, **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, p. 21, nota 48.

⁷⁸³ BEDAQUE, *ibid.* p. 11.

⁷⁸⁴ BEDAQUE, *ibid.*, p. 12.

⁷⁸⁵ DINAMARCO, **Instituições**, p. 135.

solução esta em acentuar a sua dicotomia, em reduzi-los ao monismo (unitarismo) simplista ou em propor **momentos de atuação, ora atuando o direito por meio da norma material, ora atuando o direito pelo debate judicial**, sendo que este último, na **teoria da circularidade dos planos**, leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe sua veracidade e incidência fora e antes do processo. Pelo contrário, possibilita a construção de uma solução pelo processo “prospectivo”, voltada a criar a norma material (no sentido de defini-la melhor como direito subjetivo, mas também universalizável) em uma metodologia tópica (sem distanciamento do problema).

5.5.2 Os Planos do Ordenamento Jurídico: a Orientação Unitária, a Orientação Dualista e a Teoria Circular Dos Planos

Conforme bem resume Dinamarco ter-se-iam duas teorias principais sobre o ordenamento jurídico. Uma teoria unitária (monista), capitaneada por Carnelutti, que seria caracterizada por uma fusão entre processo e direito material em uma só unidade, sendo a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas obra da sentença judicial. E uma segunda, capitaneada por Chiovenda, em que se identificam dois planos bem distintos o do direito material e o do direito processual.

Nesse sentido seria aplicável o modelo subsuntivista do direito material, ocorrendo o fato e a este correspondendo um suporte fático previsto na norma (*fattispecie, Tatbestand*) aplica-se a *sanctio juris*. **“Os direitos subjetivos constituem criação imediata da concreta**

ocorrência dos fatos previstos nas normas: a sentença não os cria nem concorre para sua criação.” (sic.)⁷⁸⁶

Nesse sentido, como são teses antagônicas e seria impossível sua convivência. Dinamarco toma posição, e assim grande parte dos juristas de tradição romano-germânica: “diante do direito vigente mostra-se frágil e inaceitável a teoria unitária”. Tem-se por correta, para Dinamarco, “...a teoria dualista do ordenamento jurídico.”⁷⁸⁷ A sentença apenas revela direitos.

Isto tudo é verdade e fora de dúvida (sic.) no ordenamento italiano, onde expressa vedação constitucional proíbe, com certeza em função dos influxos da Revolução Francesa, a criação do direito pela sentença e vincula o juiz à lei (princípio da segurança jurídica).⁷⁸⁸ Não importa se a doutrina mais moderna lê “lei” como “direito”, o que importa é a forte estabilização do termo, vedada a virtual criatividade do juiz.

Porém, como bem observa Dinamarco, o **ordenamento brasileiro** vive a peculiaridade de um “**paradoxo metodológico**”. Na sua conformação o direito processual absorveu “conceitos e propostas técnico-processuais” da Alemanha e Itália e a fórmula “político-constitucional” de separação de Poderes norte-americana (com destaque para o sistema de freios e contrapesos e para o *judicial review*).⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ DINAMARCO, **Instituições**, p. 132.

⁷⁸⁷ Id., p. 134.

⁷⁸⁸ Art. 101, 2 da Constituição italiana. Cf. CARRATTA. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). **Rivista de Diritto Processuale**, anno LVI, 2001, n. I.p. 79. Para uma acurada crítica consultar: ZAGREBELSKY. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**.

⁷⁸⁹ Essa característica, como já foi mencionado algures, revela-se na sólida recepção por nossa jurisprudência dos *writs* constitucionais, v.g., o habeas corpus e o mandado de segurança.

Este hibridismo permite abrir o leque de considerações. Nesse sentido, o processo, na sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados,⁷⁹⁰ deve atuar para realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes **imbricá-los pelo “nexo de finalidade”**⁷⁹¹ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora.

Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a **teoria circular dos planos**.

5.5.3 Os Novos Influxos da Teoria do Direito: Principialização do Direito e o “Retorno Material” da Sentença

Que as coisas sejam como rigorosamente são. O direito material existe e vige independentemente de qualquer influência do direito processual, do processo ou do Poder Judiciário.

Quando o Judiciário é retirado de sua inércia (art. 2º.⁷⁹² e 262⁷⁹³ do CPC) pela afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito, a idéia mesma de direito material se dissolve

⁷⁹⁰ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, *passim*.

⁷⁹¹ LACERDA, **Comentários ao CPC**.

⁷⁹² “Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.” Expressão legal e corolário do princípio *ne iudex procedat ex officio*.

⁷⁹³ “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

na potencialidade de sua observância ou não: é transformada em expectativa.⁷⁹⁴ A expectativa de resposta judicial procedente que tem o autor se contrapõem a uma expectativa de resposta negativa, de improcedência, que tem o réu.

A rigidez do sistema será determinada pelo tipo de norma afirmada, norma indicada na hipótese como base para a pretensão à tutela jurisdicional. Tendo-se uma **regra, dever-se-á fazer o seu teste de incidência e incidindo o seu afastamento exigirá um ônus argumentativo muito alto:**⁷⁹⁵ **regras definem um comportamento.** Tendo-se um **princípio**, a carga argumentativa será diferente; **naturalmente mais incertos em seu conteúdo, os princípios irão exigir mais fundamento do requerente**, com apelo aos precedentes e à doutrina que laboraram na sua densificação.⁷⁹⁶

Importante frisar, nesse viés, a noção de “dissociação heurística” proposta por Ávila para distinguir princípios e regras. Destarte, os dispositivos legais não encerram sempre regras ou sempre princípios (de um mesmo dispositivo podem decorrer “*n*” normas, assim como nem sempre se deve falar em dispositivo exposto, visto a possibilidade de existirem normas sem dispositivo literal e específico, *v.g.*, segurança jurídica), a afirmação de um princípio ou

⁷⁹⁴ A lição é antiga, de Goldschmidt, mas vem aceita pela maioria dos grandes processualistas nacionais como um fato do processo e do direito. Nesse sentido a forte expressão de Alvaro de Oliveira: “...a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda se reforça pelo reconhecimento de que **todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma substancial.**” Grifo nosso, Cf. ALVARO DE OLIVEIRA. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. p. 63. Ou seja, sua essência é incerta, traz em si a incerteza, aliás, vale no âmbito dos fatos a reafirmação de que “...não se pode ter a ilusão de que a verdade material possa sempre ser alcançada.” (Id., p. 58).

⁷⁹⁵ Alexy ressalta a necessidade de superação dos “princípios formais” que estatuem as regras nos Estados Democráticos representativos e constituem o caráter *prima facie* das regras jurídicas (ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 100). Ávila, por sua vez, segue a mesma senda afirmando que a consideração dos aspectos concretos do caso é natural na aplicação dos princípios, já no caso das regras: “só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que **regras devem ser obedecidas**” (ÁVILA, **Teoria dos princípios**, op. cit. p. 41). Ainda, no mesmo sentido, Häberle afirmou que os aspectos de formação da regra, sua maior ou menor representatividade e discussão no corpo social antes da promulgação, devem ser levados em consideração quando se faz esta análise em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Safe, 1997.– reimpressão 2002, p. 46.

⁷⁹⁶ O processo de densificação dos princípios é uma característica necessária de sua correta aplicação: quanto mais densificado o princípio, melhor especificado seu fim, mais controlável será sua realização, maior efetividade terá. ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 73.

regra é dada como modelo ou hipótese provisória de trabalho sobre a qual atua a atividade do intérprete. É no discurso judicial com a participação das partes e do julgador, com a sua colaboração (pretensão de correção) na interpretação dialógica, que se dá o sentido e significado ora de regra, ora de princípio, ao dispositivo afirmado. Tem-se assim, um sentido reconstruído pela interpretação.

A grande revolução na teoria dos princípios proposta por Ávila está na inclusão de uma terceira categoria de normas: os postulados normativo-aplicativos. Esta categoria serve como orientação da “metódica de solução” dos conflitos entre regras e princípios para a aplicação do direito. O mesmo dispositivo ou norma poderia, em tese, ser interpretado como regra, princípio ou postulado aplicativo normativo.

Ávila descreve com alguns exemplos essa realidade. Tome-se o dispositivo que define a igualdade (art. 5º., *caput*, da CF/88), esse dispositivo pode funcionar como regra, quando determina um comportamento contrário ao ato discriminatório, vedando a discriminação; como princípio, quando elege por fim, finalidade, a igualdade de todos perante a lei; e, como postulado normativo-aplicativo (método), “estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”⁷⁹⁷

Aplicando este modelo ao acesso à Justiça (princípio processual e “garantia síntese”⁷⁹⁸ do processo) consubstanciado materialmente na dicção “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º., XXXV da CF/88) ter-se-ia, como regra, a impossibilidade de restrição do acesso ao Judiciário, a impossibilidade de vedação do direito

⁷⁹⁷ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 93.

⁷⁹⁸ DINAMARCO, **Instituições**, p. 248.

de ação por norma infraconstitucional. No exemplo: não é exigível no estágio atual do Direito brasileiro o prévio esgotamento das vias administrativas para o exercício da ação, principalmente quando ocorra lesão irreparável.⁷⁹⁹

Nesse sentido a jurisprudência sumulada do STF que determina não ser impeditivo ao ajuizamento de mandado de segurança à existência de recurso administrativo com efeito suspensivo, quando se tratar de ato omissivo, isto porque, por óbvio, a omissão não se supre com a falta de atividade (Súmula 429).⁸⁰⁰

Como princípio: a eleição da finalidade do acesso material, não basta a possibilidade de ingresso no Judiciário, é preciso garantir a possibilidade concreta de “saída”, do exercício real dos direitos e de obtenção da prestação jurisdicional com Justiça, garantindo o “processo civil de resultados”, daí o surgimento de uma série de normas prevendo a tutela específica, a tutela coletiva, a tutela de urgência, todas voltadas a dar vazão ao princípio do acesso à Justiça.

Como postulado: a aplicação de uma metódica que garanta a real materialidade do acesso, densificando os elementos (critérios de acesso e finalidade de acesso) e as relações entre eles (congruência).

⁷⁹⁹ Como regra este enunciado comporta exceções e também a própria superação, se os princípios não são absolutos muito menos o serão as regras. Nesse sentido Dinamarco aponta as limitações decorrentes do princípio da separação dos Poderes e do equilíbrio entre estes, os requisitos de admissibilidade da pretensão processual etc. Cf. DINAMARCO, **Instituições**, v. I, p. 199. Porém, se é possível se falar em “legítima relatividade” da garantia “não se pode conotar-se por um nefasto *conformismo* diante de situações não-jurisdionalizáveis, sob pena de nulidade da garantia.” Ibid..

⁸⁰⁰ Excepcionando, assim, expressamente, a norma do art. 5º. da Lei 1533/51 e a Súm. 267 do STF.

Caso na aplicação das regras processuais surja um confronto, deverá o postulado garantir a aplicação da regra ou do princípio; por exemplo, recentemente se percebeu que uma série de ações previdenciárias para concessão do benefício assistencial de prestação continuada (previsto no art. 203, V da CF/88), quer pela ausência de “defesa” técnica adequada do direito, quer por circunstâncias processuais outras, chegavam à fase recursal extraordinária sem a concessão de tutela antecipada com relação ao pedido de implantação do benefício, que apresenta caráter precipuamente mandamental. Tal situação leva ao efeito suspensivo de fato nos recursos extraordinário e especial, restando ao jurisdicionado (se consideradas esgotadas as vias decisórias, art. 463 do CPC) a tutela cautelar (por ação ou por simples petição, como tem entendido o STF) ou o meio francamente ineficaz da execução provisória, pendente de caução para aferir resultado (art. 588 do CPC). Em recente decisão, contudo, o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região entendeu, mediante provocação do Ministério Público Federal, dar cumprimento à decisão sem inovar no processo, por simples expedição de ofício, dando ciência do conteúdo da decisão e de sua imperatividade ao réu.⁸⁰¹ Aplicou-se aí a norma de forma metódica, aplicativa, garantindo o acesso à Justiça.

Portanto, a dissociação é “heurística” no sentido de que a construção é efetuada pelo intérprete fazendo com que “um ou vários dispositivos, ou mesmo uma implicação lógica deles decorrente, possa experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”.⁸⁰²

⁸⁰¹ Confira-se o despacho: “Trata-se de decidir acerca de petição protocolada pelo Ministério Público Federal para que seja expedido ofício ao réu, para fins de cumprimento, da decisão proferida por Colegiado deste Tribunal, o qual concedeu o benefício assistencial à parte **autora**. O requerente alega, em síntese, que é função promocional e responsabilidade do Órgão a garantia da efetivação dos direitos regulados pela LOAS (Lei 8.742/93), como no caso dos benefícios assistenciais de prestação continuada. Trata-se de garantir a vida e a saúde dos beneficiários. Sustenta a eficácia mandamental da decisão. No caso de não ser deferido o pedido, estar-se-ia aceitando, na prática, o efeito suspensivo *ex facto*, pela simples interposição do recurso especial ou extraordinário. Como é caso de obrigação de fazer, é desnecessária a expedição de carta de sentença para tal desiderato. Defiro a expedição de ofício ao réu, nos termos formulados pelo Ministério Público, com fulcro no disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, bem como no § 5º do art. 461 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.444/2002, devendo ser anexado ao mesmo cópia do acórdão objeto do requerimento ora formulado.” REC ESPECIAL EM AC Nº 2000.71.02.003698-3/RS, Despacho da 3ª Vice-Presidência, Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, data 01/03/2005.

⁸⁰² ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 60.

As regras dão mais estabilidade ao sistema, são precedidas de uma forte carga de legitimação e portanto exigem um maior respeito por parte do intérprete que certamente não pode querer criar sobre uma estrutura rígida de forma irresponsável. A sua maior estabilidade decorre do princípio democrático (criadas segundo o procedimento legislativo previsto na Constituição), por isso seu caráter *prima facie* é identificado com “princípios formais” de sua constituição.⁸⁰³ Quanto mais qualificada for a constituição da regra, maior será o ônus argumentativo para seu afastamento.

Os princípios naturalmente exigem um esforço hermenêutico e, com isso, são dotados de grande abertura semântica e criativa. O papel da jurisprudência é densificá-los, na medida do possível, para torná-los normas ótimas na realização de seus fins.

Os postulados, como intuitivamente se presume, são instrumentos e portanto guardam grande relação com o processo e sua lógica operativa.

Um postulado, acima de todos os outros, norteia a nossa racionalidade jurídica, a preocupação tópica e discursiva do Direito, o postulado da “pretensão de correção”, aplicável como critério de verificação lógica procedimental das decisões jurídicas e sua conformidade com a aporia da Justiça.

Nessa composição precisa-se acrescentar uma importante mudança no Direito brasileiro: a consolidação da recepção do *stare decisis* mitigado no modelo discursivo e

⁸⁰³ Em particular, essa perspectiva de abordagem nos permite criticar a formação de restrições à direitos fundamentais por medidas provisórias, atos normativos da administração pública, leis ordinárias etc. Isto porque, como demonstrado por Alexy em crítica a Dworkin, nem todos os princípios tem o mesmo caráter *prima facie*, nem todas regras tem um caráter definitivo. ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 99-100.

político do processo constitucional e o conseqüente caráter de fonte primária que assume a jurisprudência nesse cenário.

A seguir serão exploradas a evolução das fontes, as causas de sua modificação e a sua conformação e tendências atuais.

6 A FRAGILIZAÇÃO DO SISTEMA CODIFICADO E A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

“Foi dito (e já se viu) que a **democracia é um empenho, um *engagement***: “*faute de cet engagement la technique constitutionnelle est morte*”. O mesmo se pode dizer para a **técnica judicial**. Nós não sabemos mais o que fazer dos juízes de Montesquieu, “*êtres inanimés*”, feitos de pura lógica. Queremos **juízes com alma**: juízes *engagés*, que saibam suportar com **vigilante empenho humano** o grande peso desta imane responsabilidade que é prover Justiça.” (CALAMANDREI)⁷⁸⁰

6.1 UM RAPIDÍSSIMO BOSQUEJO DA FORMAÇÃO E DAS FONTES DO DIREITO (EM GERAL) E DO DIREITO BRASILEIRO (EM PARTICULAR)

“Segundo **uma tradição que remete a Revolução Francesa, aos juízes é proibido pronunciar** “par voie de disposition générale et réglementaire” (art. 5 Código Napoleônico) e, co-respectivamente, **motivar as sentenças sobre a base única de precedentes judiciais** que, por aquela via, tenham terminado por assumir o caráter de um “arrêt de réglament”, isto é, **de uma verdadeira e própria lei.**” (PICARDI)⁷⁸¹

“A história do processo é percorrida pelo **perene conflito entre retórica e lógica**, que reflete duas concepções opostas do ‘*ordo*’, **que definimos como “ordem isonômica” e ordem assimétrica.**” (GIULIANI)⁷⁸².

⁷⁸⁰ CALAMANDREI, Giustizia e politica: sentenza e sentimento. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p..649-650.

⁷⁸¹ PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, p. 201-208, 1985.

⁷⁸² GIULIANI, L 'ordo judiciarius medioevale, p.600.

O processo não é uma técnica a serviço de um sistema de direitos privados, ou mesmo de direitos do Estado (antigamente visualizados como públicos em razão do sujeito). Como sabemos hoje, o processo é fenômeno de poder. A técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta. Todo nosso trabalho consiste em fornecer elementos científicos para que o processo, no marco constitucional de 1988, democrático e pluralista, sirva à democracia, como ordem isonômica. Dai a necessidade de desmistificar-se a teoria das fontes do Direito,⁷⁸³ que, como se viu na epígrafe, remete a limitação da jurisprudência como fonte primária à Idade Moderna, ao “recente” momento da Revolução Francesa.

O direito grego não teve maior importância para a formação do direito moderno; os gregos contribuíram muito mais para a formação dos sistemas políticos atuais. Essa afirmação, contudo, merece uma ressalva de valor, embora eles não tenham deixado muitas regras escritas e produção doutrinal em Direito, sua produção política e filosófica não cessou de produzir resultados, chegando até os dias presentes como grande fonte de debates e discussões. É imperiosa a percepção de que o Direito e a Política não são completamente dicotômicos, assim como a Política e a Filosofia não o eram na Filosofia grega (Sócrates os via como unidade).⁷⁸⁴ Sua grande contribuição foi, portanto, Política e Filosófica.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Na precisa expressão de Michel Villey: devemos buscar a realidade, a referência dos discursos a “alguma coisa de real”, pois, *omnis ratiocinatio incipit ab intellectu (Et terminatur ad intellectum)*. Cf. VILLEY. **Filosofia do Direito**. Em especial, ver a crítica das fontes (p. 297-333) na qual o autor distingue entre fontes ideais (escolas positivistas) e factuais (escolas realistas-sociológicas). Em uma outra perspectiva, muito frutífera para o presente estudo, Castanheira Neves vincula o problema das fontes a um “*processo normativo-juridicamente constituinte*”, de certa forma corrigindo o desvio apresentado pela teoria procedimental. Cf. CASTANHEIRA NEVES. Fontes do direito. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia**. p. 7-94. esp. p. 93-94.

⁷⁸⁴ Essa visão é resgatada na proposta de Arendt. Cf. ARENDT. Filosofia e política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências**, p. 91-115.

⁷⁸⁵ Daí a aparente contradição nas afirmações de Gillissen: “O sistema jurídico da Grécia antiga é uma das principais fontes históricas dos direitos da Europa Ocidental. Os Gregos não foram, no entanto, grandes juristas...foram grandes pensadores políticos e filosóficos da antiguidade.” Cf. GILLISSEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 73.

Para os gregos, a norma (*nómos*) era a base do controle do poder político. Em Atenas nenhum cidadão poderia estar acima das regras (normas) estabelecidas democraticamente. Elas serviam para garantir a isonomia (igualdade perante as regras) dos cidadãos atenienses.⁷⁸⁶ Somente em Platão constata-se essa visão unitária da Filosofia com o Direito e a Política se dissolve.⁷⁸⁷

No direito romano enfraqueceu-se a idéia grega de vinculação entre Direito e Política. Entre processo e direito público. **Os romanos foram antes de tudo juristas do direito privado**, não porque houvesse uma divisão entre o direito público e o direito privado, que eram melhor entendidos como “massas [identificadas] segundo pontos-chave dos respectivos objetos”,⁷⁸⁸ mas porque separavam a política do direito e acreditavam ser as matérias de direito público (direito penal e administração pública) mais influenciáveis pelas forças políticas, não estando sujeitas a critérios “exclusivamente jurídicos”.⁷⁸⁹ O direito romano do período clássico é principalmente o direito dos juristas e é direito privado, para Kaser, direito civil e processual civil.⁷⁹⁰ Trata-se do período em que reconhecidamente: “fontes de direito especificamente romanas dominaram ... os éditos dos magistrados e a *jurisprudencia*, fixada nos escritos dos *jurisconsultis*.”⁷⁹¹

⁷⁸⁶ Trata-se da época clássica da democracia ateniense, por óbvio não existiu na Grécia um Direito unívoco a toda uma região. Instaurada por Sólon ocorreu entre 580 e 338 a.C. e teve como grande líder Péricles: “Na época clássica da democracia ateniense..., os cidadãos governam diretamente, no seio da assembléia..., exprimem aí a sua vontade votando a lei (...nómos), em princípio igual para todos (...isonomia). a assembléia toma as decisões importantes, mesmo no domínio judiciário.” GILLISSEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 74. O problema do direito grego para as modernas orientações científicas é que ele derivaria de uma noção de justiça e não de normas escritas: “O direito das cidades gregas não parece ter sido formulado nem sob a forma de textos legislativos, nem sob a de comentários de juristas; o direito derivaria mais duma noção mais ou menos vaga de justiça que estaria difusa na consciência coletiva”. Id., p.75. Para alguns apontamentos sobre o processo civil grego cf. GIULIANI, **Il concetto di prova**, *passim*; e o estudo esquemático de GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre o direito processual na grécia antiga. **Revista de Processo**, ano 24, n. 96, p. 250-259, outubro-dezembro, 1999.

⁷⁸⁷ ARENDT. Filosofia e política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências**. p. 91-115. VALLÉE, Catherine. **Arendt: Sócrates e a questão do totalitarismo**. POPPER. **A sociedade democrática e seus inimigos**.

⁷⁸⁸ KASER, **Direito privado romano**. p. 47.

⁷⁸⁹ Id., *Ibid.*, p. 35.

⁷⁹⁰ *Ibid.* Isso não impedia, como vimos, do direito ser considerado “todo” como direito público no sentido lato.

⁷⁹¹ GILLISEN, **Introdução Histórica ao Direito**, p. 87.

Esse direito dos juristas, apesar de fortemente influenciado pela casuística, não se confunde com o sistema de *common law* que irá se desenvolver mais tarde nos países anglo-saxões, pois não apresenta a eficácia vinculativa das decisões nos termos da regra do *stare decisis*.⁷⁹² Contudo, a lógica de aplicação do direito é muito similar, já que não se parte de uma premissa posta no sistema como direito subjetivo,⁷⁹³ mas sim da possibilidade de acionar em juízo para o reconhecimento do direito.

No período pós-clássico do direito romano⁷⁹⁴ ocorre uma aproximação entre o *ius civile* (direito privado) e o *ius honorarium* (direito público), o chamado *cognitio extraordinem* é o período que inaugura essa fase, tratava-se da jurisdição extraordinária do Imperador e de seus funcionários imperiais. O processo de vulgarização que se segue tem relação direta com a derrocada do Império,⁷⁹⁵ que se subdivide em Império Romano do Ocidente e Império Romano do Oriente.⁷⁹⁶ Aqui começa a história da concentração das fontes do direito.⁷⁹⁷

O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano surgido nessa época traz a matriz de todas as codificações modernas de que os sistemas tradicionais de direito civil se preocupam. Divide-se em livros: das pessoas, das coisas, das obrigações. Sua história simplificada fica nos

⁷⁹² KASER, **Direito privado romano**, p. 34.

⁷⁹³ Conceito que só foi desenvolvido pela doutrina moderna. Cf., por todos, KASER, **Direito privado romano**, p. 45.

⁷⁹⁴ Esse período também é conhecido como Baixo Império: “O direito romano do Baixo Império desenvolveu-se dos séculos IV ao VI da nossa era, de Constantino a Justiniano. Período de decadência política e intelectual, de regressão econômica. O cristianismo, sob a influência de ideias morais e religiosas vindas do Oriente, transformará numerosos princípios do direito privado. Instituições novas, que anunciam o feudalismo começam a aparecer. O centro vital do Império Romano passa de Roma para Constantinopla; depois da queda de Roma, em 476, apenas subsiste o Império do Oriente.” GILLISEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 91.

⁷⁹⁵ Em algumas partes da Itália e no sul da França começaram a se fundir certas leis tribais germânicas com os institutos romanos autóctones. Resultando no direito romano “vulgar” ou “bárbaro”. MERRYMAN, **La tradición jurídica romano-canónica**, p. 29

⁷⁹⁶ Trata-se da fase de concentração de poder nas mãos dos imperadores que deixam de ser *princeps* para se tornarem os *dominus*, encarnando a *res publica*. A Igreja organiza-se junto ao quadro político e administrativo com o Édito de Milão (313) que reconhece oficialmente a religião cristã. Constantino funda a nova capital do Império no oriente, Constantinopla, o baixo império termina com Justiniano (527-565) o primeiro imperador bizantino. Cf. GILLISEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 84.

⁷⁹⁷ “A legislação, obra dos Imperadores, fica a ser a principal fonte de direito...A primeira recolha oficial é o Código Teodosiano.” Note-se que esse Código teve influência muito forte no Ocidente, particularmente na *Lex Romana Visigothorum* e assim na península ibérica. Cf. GILLISEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 91-92.

seguintes termos. Justiniano, imperador romano que vivia em Constantinopla, encarregou o jurista Triboniano (e uma comissão de dez membros, que contava ainda com Teófilo)⁷⁹⁸ de elaborar o *Corpus Iuris Civilis*. Para bem compreender a tarefa é preciso perceber que era reacionário, queria o retorno ao direito romano; lembra-se, primeiro, que o direito estava em franco processo de vulgarização desde o Código Teodosiano e da queda do Império do Ocidente, e segundo, que o Imperador era um espírito codificador: “Justiniano estimou conveniente eliminar o que estava errado ou fosse obscuro ou repetitivo; resolver os conflitos e as dúvidas; e organizar o que convinha conservar em forma sistemática.”⁷⁹⁹

Para que fosse possível dar consistência e unidade a sua obra legislativa Justiniano proibiu toda a referência ao trabalho anterior dos jurisconsultos romanos, também proibiu a elaboração de comentários, buscando, assim, a manutenção do sentido unívoco de sua codificação.⁸⁰⁰ Esse monumental trabalho veio vazado em quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*) em 529, elaborado para substituir o Código Teodosiano; o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*) com a compilação dos escritos dos jurisconsultos do período clássico, as Instituições (*Institutiones Justiniani*), e as Novelas (*novellae* ou *leis novas*).⁸⁰¹

A antigüidade termina no **século IV**, ao lado do direito romano surge o direito canônico, “**instala-se um sistema dualista – o direito laico e o direito religioso – que irá se manter até o século XX.**” No período que segue, encontram-se na Europa da aurora da Idade Média (Alta Idade Média – séc. VI a XII) os sistemas jurídicos do direito romano, no sudeste, como o direito bizantino, o direito canônico, os direitos dos povos germânicos tornados sedentários (Visigodos, Francos, Lombardos, Anglos, Saxões, Normandos etc.), os direitos

⁷⁹⁸ GILLISEN, *Introdução histórica ao direito*, p.92.

⁷⁹⁹ MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, p. 26. Identificando-se com os objetivos da Codificação oitocentista.

⁸⁰⁰ MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, p. 26.

⁸⁰¹ Cf. GILLISEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 92.

eslavos, o direito do Império Carolíngio (séc. VIII-IX), e o direito feudal.⁸⁰² “Durante dois a três séculos – fim do século IX ao século XII -, o direito feudal domina na Europa Ocidental; ele não desaparecerá definitivamente senão nos fins do século XVIII em França e na Bélgica, e, quanto à Alemanha, no século XIX”.⁸⁰³

É contudo na **Baixa Idade Média (séc. XII a XVIII)** que se deve começar a centrar, mais firmemente, a atenção. Trata-se do **período inicialmente marcado pelo renascimento do direito romano**. O principal texto do renascimento foi o *Corpus Iuris Civilis*, portanto o direito tardio romano,⁸⁰⁴ cujo ressurgimento se deu em Bolonha, na Itália do século XI. Ali surgiu a primeira universidade europeia moderna, e o Direito era um dos temas mais importantes. O *Corpus Iuris Civilis* o mais influente livro, denominado então de legislação imperial. A obra era chamada de “razão escrita”. O idioma comum de estudo era o latim. Esse Direito estudado se contrapunha ao direito vulgar dos povos e era denominado Direito erudito.

Desta forma, lentamente e por força da razão escrita e das universidades, “o direito civil romano e as obras dos Glosadores e Comentaristas se converteriam na base de um direito comum da Europa, o que agora é chamado de *jus commune* pelos historiadores do direito.”⁸⁰⁵ Nasce uma nova forma de expressão do Direito, a doutrina jurídica. **Na origem, o Direito que ressurgia era emancipador, buscava melhorar a condição da burguesia nascente**

⁸⁰² Para uma mapa da Europa e de seus grandes sistemas jurídicos cerca de 800 d.C. Cf. GILLISEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 129. Importante destaque para o Império Carolíngio (Carlos Magno) que tenta unificar, sem êxito, o direito da Alta Idade Média.

⁸⁰³ Id., p. 128.

⁸⁰⁴ Sobre seu desenvolvimento no direito português em particular cf. ALVES, José Duarte. O direito processual civil português. In: PICARDI, Nicola; SASSANI, Bruno; TREGGIARE, Ferdinando. (a cura di). **Diritto e processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani**. Perugia: Edizione Scientifiche Italiani, 2001. p. 511-556.

⁸⁰⁵ MERRYMAN, **La tradición jurídica romano-canônica**, p.30.

frente aos donos do poder, era um sistema intelectualmente mais acurado que pretendia superar o estado fragmentário feudal por meio da unidade jurídica.⁸⁰⁶

Foi com o **surgimento do estado nacional e o crescimento do conceito de soberania nacional** que ocorreu o **término da era do direito comum** (em que a fonte principal do direito eram as glosas dos juristas - Glosadores e Pós-Glosadores), e teve início do direito nacional tendencialmente positivado e propenso a afastar interpretações que o deslegitimassem, já que era sua missão manter a unidade do território e pacificar os conflitos internos ao mesmo tempo que afirmava a identidade nacional frente aos demais Estados nascentes (séc. XVI e seguintes).

Porém, Portugal, de quem herdamos fortemente a nossa tradição jurídica, manteve-se sob a influência dos juristas durante um período muito superior ao dos demais países do continente europeu. Essa particularidade tem direta relação com o **centralismo jurídico** (direito precocemente legislado pelo rei, a exemplo das Ordenações)⁸⁰⁷ que permitiu a unidade do direito em Portugal independentemente da justificação racionalista desse direito.

Sobre o período de unificação do direito em Portugal e as fases do direito português e seu desenvolvimento cabe uma pequena digressão e recensão bibliográfica. O direito português costuma ser dividido em fases, nem sempre tendo os autores adotado a mesma

⁸⁰⁶ Trava-se, portanto, de fenômeno “emancipador”. Acentua Santos: “Na origem dessa nova constelação jurídica está o ‘direito erudito’ e a **racionalização jurídica da vida social que ele propunha**. A recepção do direito romano convinha aos **projetos emancipatórios da classe nascente**, já que desenvolvia uma **forma de regulação jurídica que reforçava os seus interesses numa sociedade que ela não dominava, nem política nem ideologicamente**. Na situação política e social que prevaleceu na Europa até ao século XVI, o *jus comune* – ‘um corpo único de leis e de textos jurídicos, uma linguagem jurídica comum e um método comum de ensino e erudição’ (Merryman, 1985: 11) – **era, sem dúvida, um ‘sistema intelectualmente superior’ ao serviço de interesses progressivos.**” SANTOS, *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p.122. Sobre o ponto ver, ainda, o tópico: “a recepção do direito romano”. Id., p. 120-124.

⁸⁰⁷ “Embora toda a sua defeituosidade, consubstanciavam as Ordenações a reunião do direito vigente, *um direito de origem legislativa*, posto que pela emanção do poder real. Diferentemente dos *costumes* franceses ou do direito consuetudinário alemão, também reunidos em textos escritos, o que discernia as Ordenações, enquanto fonte do direito, era a sua origem, a *procedência estatal*, que assegurará o primeiro traço decisivo para a compreensão do nosso direito, qual seja o centralismo jurídico.” MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 239.

divisão, já que alguns acentuam o caráter político outros o caráter “estritamente” jurídico (quanto a evolução das fontes ou do direito privado). Os períodos mais usualmente repetidos identificam:

a) o **direito pré-unificação** (“antecedentes de Portugal”, descrição detalhada em ESPINOSA, “História do Direito Português”, com referência a importância do direito visigótico – Código de Eurico, Breviário de Alarico, *Lex Romana Visigothorum* - para o período da Reconquista e a formação do Reino de Portugal);⁸⁰⁸

b) o período da **individualização do direito português** (1140-1248), do ano em que Afonso Henriques torna-se rei ao começo do governo de Afonso III;

c) o período de **inspiração romano-canônica**, podendo ser subdividido em:

- **época da recepção do direito romano em Portugal** (séc. XII-XV, *ius commune*);

- **época das ordenações** (1447-1769);

d) o período da **formação do direito português moderno**, com as reformas pombalinas da Lei da Boa Razão, de 1769 e os Estatutos da

⁸⁰⁸ SILVA, *História do direito português*, p. 27-95.

Universidade, de 1772 (antes, em meados do séc. XVIII, Verney proclama novas diretivas), podendo ser desdobrado esse período em:

- época do **jusnaturalismo racionalista** (XVIII-XIX, até 1820 – Revolução Liberal);

- época do **individualismo** (XIX-XX, até a I Grande Guerra – 1914-1918);

c) época do **direito social**.⁸⁰⁹

Caetano faz interessante descrição do sistema de hierarquia das normas no direito das Ordenações Afonsinas e indica que as glosas deveriam observar o caráter subsidiário ao Direito das Ordenações do Reino, e sendo o caso de nenhuma das fontes propiciar a solução segundo a “boa razão”, deveria ser remetido o feito ao “rei” para que criasse a norma que seria observada nos casos análogos futuros.⁸¹⁰ Por outro lado, afirmando que as reformas pombalinas não afastaram a prática do “bartolismo”, apenas modificaram a origem de suas fontes, que passaram da doutrina medieval, para o *usus modernus pandectarum* das nações cultas da Europa, afirma Martins-Costa, a manutenção da influência da “Boa Razão” nas soluções do direito português aplicado.⁸¹¹

⁸⁰⁹ Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 173-177 (em especial o quadro de fontes p. 178). Confrontar ainda, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Fontes e evolução sistemática do direito brasileiro**, 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 28-47. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. (vol. I – fontes do direito). CAETANO, Marcello **História do direito português [1140-1495]**, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1985.

⁸¹⁰ CAETANO, **História do direito português [1140-1495]**, p. 547-551.

⁸¹¹ Importante salientar a migração do direito subsidiário (Bartolismo) do Livro II, Tít. IX, das Ordenações Afonsinas, para o Livro III, Tít. LXIV, das Ordenações Filipinas. Cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes do direito**, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. p. 314. Para uma aproximação do tema e de sua bibliografia cf. MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado**, p. 244-245.

Portanto, resgatando o quadro anterior, enquanto nos demais Estados o direito legislado era utilizado como instrumento de “revolução” (afirmação de um novo paradigma de Estado - França) ou “unificação” (conciliação entre interesses contrapostos do governo central e dos nobres proprietários de terras - Alemanha), resultando de um processo, em ambos os casos, de ruptura com a ordem feudal anteriormente estabelecida. Em Portugal, ele poderia ser melhor entendido como um Direito mais aberto a interpretação e aos usos da doutrina, um direito erudito, da “Boa Razão” (*mos italicus*), **já que não era questionada (ou questionável) a autoridade central do soberano**, que sempre tinha a última palavra em direito, a “**Suprema Magistratura**”.⁸¹²

Nossa história jurídica nacional passa, assim, pelo entendimento do Direito português. Foram as fontes lusitanas que influenciaram o direito brasileiro na sua formação inicial, só apresentando uma ruptura mais radical no final do séc. XIX e início do séc. XX. Destarte, o processo civil brasileiro é o processo que tem “suas fontes mais remotas” no direito romano e visigótico,⁸¹³ e as fontes intermédias no direito das Ordenações portuguesas. Como exemplo dessa influência e da influência do direito comum na formação de nossos institutos jurídicos temos a vigência das Ordenações (Afonsinas, 1446; Manuelinas, 1521; Filipinas, 1603) durante largo período.⁸¹⁴

⁸¹² Assim observa a doutrina da época quanto à última palavra em direito aplicado ao caso: “Por Direito Judiciário entendemos aquella auctoridade de conhecer da justiça, ou injustiça dos factos, e acções dos outros homens; a qual, porque exige superioridade, e depende do Direito Inspectivo, he privativa do Summo Imperante; como porem os Imperantes, justa e louvavelmente occupados em todos os negocios do Estado, não podem julgar por si todas as causas dos subditos, necessariamente lhes compete o direito de delegar o exercício da sua jurisdição em algum de seus vassallos; isto he o direito de constituir Magistrados: direito, de que tem usado os Monarchas Portuguezes para o Governo Civil, Economico, e Politico do Reino.” SAMPAIO. Prelecções do direito pátrio, público e particular (1793-1794). In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p.439.

⁸¹³ PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**. tomo I, p. XVI. Esse último fortemente influenciado pelo *Codex Teodosiano*. Cf. GILLISEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 92.

⁸¹⁴ É de se observar que provavelmente apenas as Filipinas tiveram alguma utilidade e aplicação em solo pátrio, e mais, que após a independência continuaram a vigor independentemente do afastamento de Portugal. “Como é sabido, após a Independência, em 1822, o Governo Imperial brasileiro editou a Lei de 20 de outubro de 1823, em que determinou que continuariam em vigor as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem os mesmos especialmente alterados.” MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado**, p. 238.

Aspecto relevante é que apesar das legislações posteriores a lei continuou a ser influenciada pelos juristas e pela doutrina escrita, o “bartolismo”, até o advento da Codificação Civil em 1916 e da Codificação Processual em 1973, sem resistência do sistema a essa prática.⁸¹⁵ Portanto, correta a expressão de Martins-Costa de que a nossa “independência jurídica” (no direito civil) aconteceu quase um século depois da independência política, somente em 1916, com a edição do Código Beviláqua.

O “**bartolismo**”, aplicação da doutrina, que empresta o nome de um importante jurisconsulto da época *Bartolo de Saxoferrato*, tão importante que vem expressamente mencionado das Ordenações, é um recurso ou “instituto” do direito comum (direito erudito, o direito dos Glosadores e Pós-Glosadores). Entendido como direito subsidiário ao direito escrito, mesmo que eventualmente, em um ou outro momento, tenha assumido papel prevalente, teve inegável e profunda influência na formação das nossas tradições jurídicas brasileiras. Determina a mentalidade do jurista não como um técnico do direito, destinado a aplicar a lei de forma unívoca, mas como um “sabedor” do direito. Daí a vocação para a criação do direito e para a busca da Justiça do caso concreto no direito brasileiro.⁸¹⁶

O Direito europeu-continental teve outra trajetória, muito relevante porque influenciou a grande parte dos juristas brasileiros do séc. XIX, que estudaram quase todos na Europa e, mais próxima e determinantemente, aos juristas da modernidade brasileira, que se pode dizer manifestada com toda sua potência somente no processo civil do CPC de 1973. Trata-se da ascensão das doutrinas racionalistas que representaram a apropriação do Direito pelo príncipe na formação dos Estados-Nação e sua posterior passagem do soberano para as assembléias populares, no quadro das Revoluções Burguesas. Nesse contexto surge a “Era das

⁸¹⁵ MITIDIERO; ZANETI, **Entre o passado e o futuro**: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil, p. 12.

⁸¹⁶ Essa vocação foi bem identificada por LIEBMAN, **Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano**, p. 494.

Codificações”. A lei se apresenta definitivamente como fonte primária, primeira e absoluta do Direito. A jurisprudência e a doutrina jurídica perdem todo o seu valor. Portanto, diferentemente do Direito português, no qual as fontes legislativas se submetiam, ora a supremacia do rei, ora à supremacia da doutrina e do Direito das nações civilizadas, o Direito desse período procura consolidar a máxima da lei clara e acessível a todos, a qualquer momento: *in claris cessat interpretatio*.

Devemos reconhecer que são dois os modelos de direito na tradição romano-germânica moderna: o direito do *Code*, de matriz liberal e racionalista, francês; e o direito dos *pandectistas*, de matriz histórica e circunstanciada, alemão. Como explicita o excelente parágrafo-síntese transcrito a seguir:

“há dois paradigmas do modelo sistemático do tipo fechado, o que será expresso no *Code* e o que encontrará a sua forma na pandectística alemã. Em ambos ecoará o *Jusracionalismo*, mas o primeiro encontrará as suas raízes no Iluminismo: Descartes, Puffendorf, Domat, Pothier - e também Voltaire, Rousseau e Montesquieu - serão os seus padrinhos. A lei, considerada como fruto da atividade parlamentar, era seu instrumento. O segundo modelo derivará da descendência intelectual de Leibniz e Wolff, que influenciará decisivamente grande parte da ciência jurídica alemã oitocentista, a qual percorre o ordenamento tentando exprimir as normas de modo sistematizado como uma construção sistemática.” (MARTINS-COSTA)⁸¹⁷

Revela-se, assim, uma **dupla pretensão**, comum a ambos:

a) **“exclusividade das normas”**(*rectius*: regras);

b) **“plenitude lógica [formal] de seus conteúdos.”**⁸¹⁸

⁸¹⁷ MARTINS-COSTA, A *boa-fé no direito privado*, p. 179.

⁸¹⁸ Id., *Ibid*, p. 179.

O que **interessa ressaltar** nesse contexto é que **as tradições racionalistas** que propugnam a lei como fonte primária do direito **não são consentâneas à história e à prática processual e jurídica do direito brasileiro**. A jurisprudência já desempenhou papel fundamental como fonte do Direito no período clássico do direito romano e ainda desempenha nos países de *common law*. A aplicação prática do direito no Brasil sempre foi flexível à realidade do caso concreto e **influenciável pela doutrina (bartolismo)**, mas não só, **cada vez mais pela jurisprudência** mesma, que começa em passo acelerado a fazer parte do cotidiano dos juristas (contribui enormemente para esse fenômeno a facilidade de acesso aos julgados possibilitada pelas tecnologias modernas, notadamente a *Internet*).

Não obstante, a moldura paradigmática imposta ao Direito brasileiro pelos países da Europa-continental, vinculando todo o direito à lei, está clara na leitura do art. 126 do CPC: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. **No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais**; não as havendo, recorrerá à analógica, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Como aplicar esse preceito quando as leis se constitucionalizam, a Constituição se principializa, as leis processuais admitem o julgamento com base na “jurisprudência dominante” (art. 557, § 1º do CPC, art. 475, § 3º do CPC, art. 544, § 3º e 4º do CPC) e o Código Civil adota cláusulas abertas que deverão ser interpretadas e densificadas pela jurisprudência?

6.2 HIPERMODERNIDADE, PÓS-POSITIVISMO E A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS: A QUEBRA DA MOLDURA PARADIGMÁTICA

Como já se frisou alhures, **todas as teorias são parciais.**⁸¹⁹ Trata-se, na busca de sua utilidade científica, de procurar identificar a sua fecundidade no debate e não de excluí-las ou incluí-las no discurso apenas pela seu maior afastamento com o tema debatido ou aproximação dele. Para tanto optou-se por não utilizar diretamente as teorias pós-modernas, que criticam, com razão, um desequilíbrio da sociedade atual; pretendeu-se falar e preferiu-se a expressão “contemporaneidade”, ou seja, a fase atual de mudança paradigmática em que se está inserido. Nesse sentido, a locução “hipermodernidade” traduz o desconforto que se sente na sociedade decorrente da aceleração abrupta dos **três pilares da modernidade: o mercado, o indivíduo e a tecnologia.**

Ora, o processo visto como fenômeno técnico, voltado para atender aos anseios do mercado e vinculado à proposição liberal (Estado *Laissez-faire*), entregando-se justamente aos limites das lides individuais, é uma das facetas perversas dessa hipermodernidade, gerando natural ceticismo a respeito da sua capacidade de auxiliar na formação de uma sociedade democrática e inclusiva. O que se vem criticando, até aqui, é justamente o caráter perverso dessa hipermodernidade: “dissolução dos fundamentos incontestes do saber, primado do pragmatismo e do deus-dinheiro, sentimento de igualdade de valor de todas as opiniões e de

⁸¹⁹ Ver: KRISHAN, *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*, p.7.

todas as culturas” como idéias que nutrem o “ceticismo e a extinção dos ideais superiores” da modernidade.⁸²⁰

Os ideais positivos da modernidade permanecem; não é possível deixar de reconhecer, pelo menos no Brasil, as grandes transformações institucionais que se vem presenciando pós-Constituição de 1988. **Precisa-se substituir esse ceticismo (*quallunquismo*) pelo poder de “autocrítica” e “autocorreção” que está na base das preocupações do “universo democrático”.**⁸²¹

A hipermodernidade é apenas o “começo de sua aventura histórica” e se poderá corrigir as deformações apresentadas para uma sociedade e uma prática jurídicas conformes aos objetivos democráticos e inclusivos do Estado Democrático de Direito. Uma das características positivas da hipermodernidade é jogar por terra as resistências nacionais e filosóficas (os conceitualismos); os conceitos fortes de nação, de ordenamento jurídico interno e de direito positivo perdem a consistência rígida, assumem uma ontologia fraca, pós-metafísica.⁸²²

Sobre pós-positivismo pode-se afirmar, na esteira da doutrina, que constitui a terceira fase dos princípios no direito constitucional, que **“corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século.”** Marcado fortemente pela **“hegemonia axiológica dos princípios**, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assente todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”⁸²³

⁸²⁰ LIPOVETSKY, *Os tempos hipermodernos*, p. 98.

⁸²¹ Id., *Ibid.*, p. 100.

⁸²² Cf. VATTIMO, *Para além da interpretação*. VATTIMO, *O fim da modernidade*. PCEZENIK, *Can philosophy help legal doctrine?* *Ratio Juris*, HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*. HABERMAS, *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*.

⁸²³ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 264. Refere-se a juridicidade dos princípios, que passa por três fases distintas: “a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”. Id., p. 257.

Isso porque está identificado com o movimento de superação do legalismo estrito e do positivismo normativista, evitando ao mesmo tempo os riscos do jusracionalismo. A marca desse novo contexto jurídico: “é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.” Um retorno da preocupação moral caracterizado pelos signos do pluralismo (político e jurídico), pela nova hermenêutica e pela diluição das oposições filosóficas, teóricas e práticas mais radicais.⁸²⁴

O novo direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na **dupla constatação** de que após a Constituição de 1988 a **redemocratização do País e a sua conseqüente (re)institucionalização**, progressos a olhos vistos se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. A estrutura inicial, os pilares bem marcados desse edifício institucional são:

- a) a **força normativa da Constituição** com a busca de efetividade de suas normas;
- b) do **desenvolvimento de uma dogmática constitucional fundada em princípios** (novos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação).⁸²⁵

Nesse quadro, a **antiga contraposição entre a jurisprudência dos “code based legal systems”** (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do “*judge-made-law*” **não têm mais lugar.**

⁸²⁴ BARROSO, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, p. 36.

⁸²⁵ Ibid.

Os ordenamentos jurídicos, em ambas tradições, evoluíram muito no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já **não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas** entre os dois grandes ramos do Direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica.⁸²⁶

Ost e Van Hoeck afirmam, com razão, que não existem mais diferenças substanciais entre os dois sistemas ou tradições do direito. A evolução do direito acabou jogando por terra as antigas dissensões paradigmáticas entre o *common law* (judge-made-law) e o *civil law* (*code based legal systems*, tradição romano-germânica).⁸²⁷

A **diferença** consiste, portanto, mais no **estilo** do que na **finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência**, bem como na sua metodologia de aplicação e superação, do que propriamente na negativa de que as fontes jurisprudenciais do direito

⁸²⁶ As dificuldades estão presentes para a consecução dessa tendência, mas não são intransponíveis: “Harmonization of procedural law has made much less progress [do que a harmonização das leis comerciais e de outros campos do direito]. Some conventions on civil and human rights contain fundamental procedural guarantees, such as equality before courts and the right to a fair, effective, public, and oral hearing or trial before an independent court. These guarantees are common international standards and a universally recognized basis of procedural harmonization. However, further harmonization has been impeded by the assumption that national procedural systems are too different from each other and too deeply embedded in local political history and cultural tradition to permit reduction or reconciliation of differences among legal systems.” No entanto: “the pioneering work of Professor Marcel Storme and his distinguished collaborators has demonstrated that harmonization is possible in such procedural matters as the formulation of claims, the development of evidence, and the decision procedure.” Cf. **Principles and rules of transnational civil procedure- proposed final draft**. Philadelphia/Rome: ALI/UNIDROIT, 2004. (Relatores Geoffrey C. Hazard Jr, Taruffo, Rolf Stürmer, Gidi). Ainda sobre o tema da aproximação: CAPPELLETTI Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o código de processo civil inglês. **Revista de Processo**. Para o autor trata-se de uma sistematização e uniformização importante, reconhecida na Inglaterra como a “maior transformação legislativa” em séculos no campo do processo civil (Id., p. 74); BARBOSA MOREIRA. Duelo e processo. **Revista de Processo**. BARBOSA MOREIRA. A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**; ALMEIDA FILHO. O pedido no sistema da *common law* e o princípio da adstrição. **Revista de Processo**; CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. **Revista de Processo**; TARUFFO Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**; LACERDA, Galeno. Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire. **AJURIS**, ano XXII, n. 63, p. 36-53, março, 1995.

⁸²⁷ “There are the apparent differences, mainly between common law and civil law countries, which serve to cast serious doubts over whether such a European legal doctrine could ever be based on a common paradigm. We are not going to discuss this problem here. We want only to suggest that developments on both sides of the Channel have reduced those differences **to such an extent that they are no longer paradigmatic differences**. The opposition **between ‘code based legal systems’ and ‘judge made law’ no longer fits with legal practice**. Judges have become almost important on the continent as in England, whereas, in the common law countries, there has been an invasion of legislation. Of course, **there remain important differences, but none of them seems to remain as an obstacle to the sharing of a common paradigm** as sketched out in the first section of this paper.” Cf. OST, François; HOECKE. Legal doctrine in crisis: towards a European legal science. **Legal Studies**, p. 215

estejam relegadas a um caráter meramente subsidiário.⁸²⁸ Ou seja, **não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes**, com diversa metódica de aplicação para solução de casos (questões) jurídicos, contudo ambas são hoje fontes primárias do Direito.

6.3 FRAGILIZAÇÃO VIRTUOSA E NÃO-VIRTUOSA: O SISTEMA CODIFICADO EM XEQUE E O (RE)SURGIMENTO DE UMA NORMATIVIDADE EMANCIPATÓRIA

Pode-se identificar dois processos de fragilização do sistema fechado e codificado do racionalismo de corte romano-germânico, que tinha como característica a aplicação do método dedutivo lógico-formal:

- a) a fragilização virtuosa, decorrente da abertura do sistema fechado em razão da evolução do Direito e da sua flagrante insuficiência;
- b) fragilizaçãonão-virtuosa, uma vez **quebrada a estrutura segura das codificações**, a ausência do parâmetro legal ou o seu descrédito, decorrente da **vulgarização da crítica do positivismo e do processo de inflação legislativa**, fizeram emergir uma “elite” (sic.) judicial que “cria” seus próprios códigos e procedimentos, ao arrepio do direito legislado e inadvertidamente, sem a consulta das partes. Essa postura resulta do mais

⁸²⁸ Sobre essa característica saliente verificar tb. CAPPELLETTI. **Juízes legisladores?** Cappelletti escrevia, nesse estudo em homenagem a Tullio Ascarelli e a Alessandro Pekelis, que os sistemas estão em franca aproximação, daí concluir que há uma “ficção” da não criação nos sistemas de *civil law*. (Id., p. 128).

odioso arbítrio no Estado de Direito: o subjetivismo judicial.⁸²⁹ Far-se-á, primeiro, a necessária caracterização da fragilização virtuosa.

O “mundo da segurança” em que “as regras do jogo” obedeciam os ditames do Código Civil, entendido como fonte e ordenador do sistema (papel que hoje é exercido pela Constituição), o chamado “*mondo di ieri*”⁸³⁰ da codificação oitocentista começa a se desfazer entre as duas grandes guerras da Europa. O Estado deixa de ser um garantidor passivo das “regras do jogo” para ingressar fortemente na economia, limitar os poderes negociais dos privados, reconhecer a emergência e procurar regular a chamada “questão social”. Como foi expresso, a História passa por uma improvisada e imprevista aceleração; em algumas poucas décadas **a sociedade não se reconhece mais na tábua de valores e de modelos proposta pela burguesia liberal**: “ao reino da imutabilidade e do duradouro sucede a nervosa ‘aceleração da história’”.⁸³¹

Surgem, nesse período, as leis especiais, destinadas a render contas à realidade que fugia dos Códigos sistemáticos, sem, contudo, quebrantar-lhes a unidade.⁸³² A doutrina mais atenta fala em hipertrofia do sistema, declínio do estilo legislativo das grandes codificações e entende os Códigos como o direito comum de aplicação subsidiária para o caso de lacunas e de não haver disciplina específica nas leis especiais. Há a aplicação dos princípios gerais do sistema. Essa realidade, que, na Europa, se deu mais intensamente entre as Guerras, no Brasil começa a ser notada mais incisivamente apenas na década de cinquenta.

⁸²⁹ Os dois estilos arbitrários possíveis na aplicação do direito são justamente o arbítrio subjetivo do juiz hércules (juiz-força), da sentença mito-ilógica, e o arbítrio legal racionalista do juiz Pilatos, da sentença silogista pura (juiz-computador), desprovida de vontade, toda vontade atribuída ao legislador.

⁸³⁰ IRTI, *L’età della decodificazione*, p. 9.

⁸³¹ IRTI, *L’età della decodificazione*, p. 10.

⁸³² “Le strutture giurisdiche non possono sfuggire a una sterminata emersione di bisogni e di problemi, di nuove classi e di particolari gruppi: la *legge speciale* si offre come lo strumento più adatto per pretare, da un lato, un estrinseco omaggio all’unità dei codici, e per dare risposta, dall’altro, alle domande incalzanti della realtà”. IRTI, *L’età della decodificazione*, p. 10.

Após a Segunda Guerra Mundial, os países da Europa foram fortemente influenciados pelo movimento de constitucionalização dos direitos. A Constituição italiana de 1948 é um exemplo dessa “**Era de Constituições**” mais abertas para o caráter social do direito:

“O Estado descrito na Constituição republicana não se limita a proteger as regras do jogo, deixando por inteiro a iniciativa das partes e a responsabilidade dos indivíduos. Ao lado das normas tradicionais liberais, que garantem os poderes dos privados e os colocam protegidos das ingerências públicas, encontramos agora normas teleológicas [*“norme di scopo”*, programáticas – sic.], as quais assinalam ao Estado fins a perseguir ou indicam resultados úteis ao bem-estar comum.” (IRTI)⁸³³

Surge nessa fase a idéia de “função social” dos institutos tradicionais do direito privado, a exemplo da função social da propriedade.⁸³⁴ Como consequência a lei estabelece fins que estão subtraídos da esfera de liberdade dos particulares, não são disponíveis ao seu arbítrio individual.⁸³⁵ **Muda também a linguagem da lei**, de uma linguagem geral e abstrata, tendente à principialização abrangente de normas de conduta, **a lei passa a conter ementas nos artigos iniciais que obram a determinação de objetivos específicos e em concreto;** inclui-se, ademais, a **terminologia científica** nas pautas legislativas e se multiplicam exponencialmente em número as leis vigentes, ocorre uma verdadeira **inflação legislativa que descaracteriza a linguagem do Direito tradicionalmente conhecida e utilizada pelo jurista.**⁸³⁶

⁸³³ IRTI, *L’età della decodificazione*, 14

⁸³⁴ Claro está que foram a Constituição de Weimer (1919) e a Constituição do México (1917) que primeiro reconheceram direitos sociais, fundando o Estado Social, porém esse movimento inicial somente se internacionalizou com o período pós-segunda-guerra, no qual as Constituições da maioria dos países da Europa aderiram a esse modelo social de Estado. Outro detalhe importante é o do surgimento de novos direitos e novas preocupações decorrentes da experiência negativa provocada pela guerra.

⁸³⁵ “Quest’ultima può e deve perseguire dati fini, che, dunque, vengono sottratti alla scelta ed alla valutazione di convenienza dei privati...L’essenza della legge ne viene radicalmente trasformata: non più regola ‘strumentale’..., ma regola ‘finale.’” IRTI, *L’età della decodificazione*, p. 15.

⁸³⁶ “*I linguaggi delle leggi*, molteplici e discordi, prolissi e ambigui, declamatori e programatici, rendono ormai impossibile un linguaggio unitario del diritto civile, da cui l’interprete possa desumere criteri costanti ed univoci di lettura.” IRTI, *L’età della decodificazione*, p. 17.

Nesse átimo surgem os microssistemas, corpos legislativos dedicados a disciplinar uma determinada categoria de relações jurídicas, de forma ampla, permitindo o recurso da analogia ao Código, mas contendo em si mesmo princípios gerais de orientação lógica autônomos dos previstos no Código. **O Código não é mais o direito comum**, as normas reguladas como **microssistemas aparecem como o direito geral de toda uma determinada matéria.**⁸³⁷

Qual função resta aos Códigos nesse quadro? Na pergunta de Irti: “Come salvare il codice civile?”. A resposta parece passar necessariamente pelo reconhecimento da **constitucionalização dos direitos e a conseqüente principialização da Constituição**, somada ao **advento da técnica legislativa das cláusulas gerais nos Códigos modernos** (nosso exemplo, já bastante repetido, é do Código Civil de 2002). Com isso o papel do juiz aumenta de responsabilidade e poder, deverá atuar para a densificação desses princípios e cláusulas, rompendo com a estrutura estanque da divisão de poderes anteriormente pensada.⁸³⁸ O aspecto virtuoso está justamente na potencial adaptação desses novos diplomas e institutos jurídicos a realidade concreta do direito, uma adaptação garantista na realização dos objetivos constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 já se inclui nas Constituições da fase democrática, um passo além das Constituições do pós-segunda-guerra, porque reconhece, além dos direitos de terceira dimensão, os direitos fundamentais de participação. Porém não resolve o problema da inflação legislativa, antes pior, a necessidade de regular a intensa malha de direitos

⁸³⁷ “A ben vedere, le leggi, che sogliano ancora denominare ‘speciale’, sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche.” IRTI, **L’eta della decodificazione**, p. 25. Em um primeiro momento os princípios e logicas autonomas pensadas nos microssistemas contrapoem-se aos do Código, depois os suplantam em definitivo. (Id., p. 26).

⁸³⁸ “La proposta di clausole generali, che, inserite nel codice civile, valgono a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di un problema stroico-politico. Si tratta, invero, non già della consueta dialettica di legge e giudizio, di regola generale e caso concreto, quanto del più profondo *rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi*: di quei gruppi – inendiamo – che chiedono ed ottengono statuti o tavole di prerogative.” IRTI, **L’eta della decodificazione**, p. 32.

reconhecidos constitucionalmente e de controlar, por parte do Estado, o exercício desses direitos, faz com que tenha de ser ainda maior a prática das Medidas Provisórias (espécie do gênero decreto-lei) que fazem parte do cotidiano brasileiro como verdadeira legislação elaborada pelo Poder Executivo.

Mas existe o risco de enormes danos nessa toada. Essa confluência pode ser nefasta. Entre a descodificação e a recodificação por meio das cláusulas gerais e da unidade constitucional do ordenamento, por um lado, e a inflação legislativa ou abstinência do legislador, somadas à edição de medidas provisórias pelo Executivo, por outro; **aumenta a insegurança da sociedade e dos juristas**, causando a **erosão do direito positivo** que é ultrapassado, **sem critério**, pelos juízes e pelas partes, trata-se, em uma palavra, da **fragilização não-virtuosa**.

O poder de **editar regras processuais** (“*procedural rule-making*”)⁸³⁹ natural aos Tribunais (com as reservas constitucionais) acaba se **tornando uma arma perigosa à serviço do arbítrio**. Os exemplos recentes das chamadas “peças necessárias” no recurso de agravo de instrumento e da polissemia aplicada ao conceito de “jurisprudência dominante” são eloqüentes a esse respeito.

Trata-se, portanto de diferenciar o que existe de necessário na fragilização dos sistemas codificados - e é sinal dos tempos na evolução do direito - e o que lhes é pernicioso. No tópico que segue procurar-se-á demonstrar os **benefícios da adoção do *stare decisis* mitigado como forma de controle das decisões judiciais e conferência de um equilíbrio e uma previsibilidade saudável ao sistema**. Como se viu anteriormente, não se trata de abandonar o

⁸³⁹ CAPPELLETTI, **Juízes legisladores?**, p. 80. Aqui bem entendido, por óbvio não se trata de legitimar os arbítrios regimentais, evidentemente inconstitucionais, estamos apenas nos referindo a criação jurisprudencial de normas que densificam princípios processuais. Exemplos no direito brasileiro: habeas corpus civil e cautelares satisfativas.

direito codificado, de relegar a lei a segundo plano. Essa terá uma aplicação forte na maior parte dos casos (decorrente de seu mais robusto caráter *prima facie*, o princípio democrático). Abandonar falsas certezas revela-se o imperativo dessa realidade, com a observância de uma necessária coerência jurídica e uma mudança de mentalidade com relação ao Direito como um todo e ao processo civil, no particular.

6.4 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO (SÚMULAS VINCULANTES, DECISÕES DO STF COM EFEITO VINCULANTE E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DOS TRIBUNAIS): A RECEPÇÃO DO *STARE DECISIS* MITIGADO NO DIREITO BRASILEIRO

A natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos) e a conformação atual do Direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais), reconhecidamente uma tendência internacional,⁸⁴⁰ revelam uma insofismável realidade: **a jurisprudência é fonte primária no Direito contemporâneo brasileiro.**

A grande revolução que decorre dessa constatação ainda está por ser implantada. Para acompanhar a “natureza das coisas” o jurista precisa reeducar sua forma de pensar, **reformular o pensamento,**⁸⁴¹ adequando-o ao modelo do Estado Constitucional Democrático Pluralista

⁸⁴⁰ PICARDI. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, p. 201-208.

⁸⁴¹ No dizer de Edgar Morin: “A reforma de pensamento é uma necessidade democrática fundamental: formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas de sua época é frear o enfraquecimento democrático que suscita, em todas as áreas da política, a expansão da autoridade dos *experts*, especialistas de toda ordem, que restringem progressivamente a competência dos cidadãos. Estes são condenados a aceitação ignorante das decisões daqueles que se presumem sabedores, mas cuja inteligência é míope, porque fracionária e abstrata.” MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.** Tradução Eloá Jacobina, 4ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 103-104.

de Direito que foi implantado em 1988, cerrando um círculo evolutivo de democratização crescente do direito brasileiro começado pelo sistema positivado na Constituição (a chamada constitucionalização do Direito), já bastante reconhecida no direito civil, no direito penal, no direito processual penal, mas não bem aplicada ao processo civil em toda a sua potencialidade.

No processo, como se observou (infra), o jurista vê tendencialmente um direito processual constitucional e um direito processual infraconstitucional, identificando-se o chamado “**paradoxo metodológico**”⁸⁴² (sic.).

As **características** desse **círculo evolutivo** já foram descritas: a formação de um **processo constitucional como método de controle judicial do poder** e garantia de **participação das partes na formação dos atos decisórios** (módulo processual); a necessária aplicação, a esse quadro, de uma **racionalidade prática procedimental**, única capaz de traduzir em espaços democráticos de participação os mecanismo predispostos pela Constituição; a **falência da departamentalização dos poderes** e o **reconhecimento da função política do Poder Judiciário** como uma necessidade nos Estados Constitucionais; a **circularidade dos planos do direito**, implicando uma relação biunívoca entre o direito material e o direito processual, com a **constante abertura ao “problema” pelo direito** (tópica).

Trata-se, ao final, de consolidar as informações e determinar a existência, já natural e bem aceita pelos juristas práticos, porém ainda não bem compreendida e utilizada, da **jurisprudência como fonte primária do Direito**.

⁸⁴² DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I., p. 176.

Para tanto, serão analisados os três momentos em que a jurisprudência assume a característica de fonte primária, quer atuando como modelo (conceito naturalmente mais amplo – ligado à característica persuasiva dos precedentes), quer atuando como fonte *stricto sensu*. São esses momentos nomeadamente:

- a) as **súmulas vinculantes** do Supremo Tribunal Federal;
- b) as **decisões**, proferidas pelo STF, com eficácia *erga omnes* e **com efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade concentrado**;
- c) a “**jurisprudência dominante**” dos Tribunais, bem como as súmulas não vinculantes dos Tribunais Estaduais, dos Tribunais Superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal (nesse último caso, por óbvio, anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/04), que jogam o papel de “entendimentos predominantes” das Cortes e na falta do caráter vinculante apresentam uma robustecida função persuasiva e autoritativa, uma vez que permitem julgamentos monocráticos nos órgãos colegiados.⁸⁴³

A criação das Súmulas no direito brasileiro ocorreu em 1963, por emenda regimental do Supremo Tribunal Federal em 30.08.1963, sendo que as primeiras 370 ementas foram publicadas em 1º de março de 1964. A primeira proposta para a adoção de entendimentos dominantes dos tribunais (súmulas) veio no projeto de Constituição do Instituto dos Advogados Brasileiros, por sugestão do jurista Haroldo Valadão, a denominação utilizada

⁸⁴³ Para uma noção sobre o caráter vinculante “*binding effect*” ou persuasivo “*persuasive*” dos precedentes judiciais no direito comparado cf. PICARDI. Appunti sul precedente giudiziale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 1, p. 201-208, esp. p. 203-207.

remetia a prática portuguesa dos “assentos”.⁸⁴⁴ Contudo, essa primeira tentativa não teve resultados, a proposta regimental que vingou no Supremo Tribunal Federal, foi elaborada pela Comissão de Jurisprudência do Tribunal, constituída pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal (relator) e Pedro Chaves.⁸⁴⁵

A proposta original pretendia as súmulas como um método de trabalho, proporcionando maior estabilidade à jurisprudência e simplificando o julgamento das questões mais freqüentes no tribunal.⁸⁴⁶

Essa proposta teve por modelo o *stare decisis* (mesmo que inconfesso), e não os assentos, conforme noticia Baleeiro, Ministro do STF à época: “Essa fórmula do *stare decisis et non qujeta movere* custou muito a ser aceita pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, afinal, em 1963, atacou o problema decididamente com a *Súmula*, em que se compendiam os pontos de jurisprudência predominante.”⁸⁴⁷

No direito positivo as súmulas tiveram duas formulações preliminares. A lei que regula a Justiça Federal, que possibilitava a edição de súmulas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (art. 63 da Lei 5.010/66).

⁸⁴⁴ Sobre os assentos em Portugal, sua atual interpretação pelo Tribunal Constitucional português e a crítica da doutrina cf.: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O problema da constitucionalidade dos assentos (comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁸⁴⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 117-121.

⁸⁴⁶ Cf. LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **AJURIS**, ano IX, n. 25, p. 46-67, julho, 1982. NORONHA, Jardel; MARTINS, Odaléa. Referências da súmula do Supremo Tribunal Federal. Brasília: s.ed., 1968 (especialmente a transcrição da explicação preliminar pela Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves).

⁸⁴⁷ BALEEIRO, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. p. 100.

E o CPC de 1973, que acatou as súmulas como “jurisprudência dominante” dos Tribunais a ser constituída por meio do “precedente de uniformização de jurisprudência” (art. 479 do CPC e parágrafo único).⁸⁴⁸

Streck, refere a seguinte tipologia que essas súmulas poderiam assumir: tautológicas, *intra legem*, *extra legem* (principalmente as referentes a admissibilidade dos recursos extraordinários) e *contra legem* ou inconstitucionais. Efetivamente, o trabalho de Streck afasta qualquer possibilidade de utilizar-se as atuais súmulas no contexto dos discursos argumentativos. Aliás, como se observou acima, as súmulas não podem ser entendidas como normas, pois são fontes de outra qualidade, não se trata de direito legislado, mas de direito criado por argumentos jurídicos no curso de processos judiciais, individualizados pela *ratio decidendi*.⁸⁴⁹

Como bem demonstrou Streck, as súmulas antigas (ou seja, as anteriores ao advento da EC 45/04) estão imbuídas do caráter monológico (discurso hermético e com sentido

⁸⁴⁸ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.” Hoje o Código Reformado apresenta várias passagens com relação as súmulas, identificando um aprofundamento da nossa cultura jurisprudencial do direito, *e.g.*, os poderes do relator de julgamento monocrático dos recursos: “**Art. 557.** O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com **súmula ou com jurisprudência dominante** do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (**Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998**). § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto **confronto com súmula ou com jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (**Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998**)”.; as exceções para o privilégio do reexame necessário “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) (...)§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em **jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.**”; poderes do relator no agravo de instrumento para destrancamento de recurso especial: “**Art. 544.** Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (**Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994**). § 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em **confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça**, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. (**Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994 e alterado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998**)”, e extraordinário (extensão do parágrafo 4º do mesmo artigo). No sentido da inconstitucionalidade dessas disposições legais, com a crítica de seu dispositivo gênese, o art. 38 da Lei 8.038/90 que regula a forma de processamento dos recursos no tribunais superiores cf. STRECK. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função.** p. 159 e ss.

⁸⁴⁹ A questão é relevante, enquanto as normas legais (regras, princípios ou postulados) libertam-se (mais ou menos) da *mens legislatores*, a aplicação dos precedentes é sempre vinculada.

único),⁸⁵⁰ representando um espaço de afirmação do poder dos Tribunais sobre os juristas e seu objetivo, pela distorção dada na sua aplicação, era controlar o discurso jurídico por meio de uma “violência simbólica” para o esvaziamento das possibilidades de sentido da norma jurídica, constituindo uma “normatividade usurpadora” do poder político.

A crítica certa ao sistema de súmulas e jurisprudência existente no Brasil vem assim corretamente exposta:

“ao editar uma Súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, ‘legislam’, ao conceberem a interpretação ‘correta’ de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso ‘que contrariar, nas questões predominantemente de direito’, Súmula do respectivo Tribunal.” (STRECK)⁸⁵¹

Para que essas corretas impressões, destacadas com relação ao nosso ordenamento jurídico em 1995, sejam superadas precisa-se rever o entendimento a respeito do Direito no sentido do que foi argumentado até aqui, criando as possibilidades de uma **normatização emancipatória**⁸⁵² vinculada à Constituição e aos valores do Estado Democrático de Direito.

Ora, a reforma constitucional do **Poder Judiciário**, Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004, acresceu um importante dado na construção que se veio elaborando até aqui. Ao criar a possibilidade das **súmulas vinculantes** abriu espaço para a consolidação do

⁸⁵⁰ WARAT, **O Direito e sua linguagem**. p. 68.

⁸⁵¹ STRECK, **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**, p. 164.

⁸⁵² SANTOS, **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, p. 122, *passim*.

stare decisis,⁸⁵³ *et non quita movere* (mantenha-se o já decidido de modo pacífico).⁸⁵⁴ A prática jurídica e alguns dispositivos do direito anterior, já referidos, e que serão novamente analisados abaixo, já direcionavam para essa alternativa. Cada vez mais os juristas utilizam da jurisprudência e conhecem os precedentes, principalmente dos Tribunais Superiores, quer pelas reformas do CPC, *e.g.* o art. 557 e o conceito de “jurisprudência dominante”, quer pelas leis extravagantes, como a Lei dos Recursos (Lei 8.030/90) e algumas leis da advocacia pública, ou, ainda, muito importante, pela adoção da vinculatividade das decisões nas ações de controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º da CF/88 e Leis 9.868/99 e 9.882/99).⁸⁵⁵

⁸⁵³ Sobre *stare decisis* cf.: LEE. *Stare decisis* in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist Court. **Vanderbilt Law Review**. V. 52, p. 647-736, 1999. (HeinOnline – 52 Vand. L. Ver. 647, 1999); PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating *stare decisis* by statute: may congress remove the precedential effect of *Roe* and *Cassey*? **The Yale Law Journal**, v. 109, p. 1535-1602, 2000. (HeinOnline – 109, Yale L. J. 1533, 1999-2000); NELSON, Caleb. *Stare decisis* and demonstrably erroneous precedents. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 1, p. 1-84, march, 2001 (HeinOnline - 87 – Va. L. Rev., 84 – 2001); DOUGLAS, William. *Stare decisis*. **Columbia Law Review**, v. 49, n. 6, p. 735-758, June, 1949 (HeinOnline – 49 Colum. L. Rev. 735 – 1949).

⁸⁵⁴ O princípio foi identificado, com as características mitigadas, também por toda a doutrina europeia que se desenvolveu após a Segunda Grande Guerra em relação a aplicação dos precedentes. Ali ganhou a denominação: “princípio da presunção a favor do precedente”, por ser despido de “*potestas normandi*” e não ter vinculatividade total (*binding precedent*). Cf. CRUZ E TUCCI. **Precedente judicial como fonte do direito**. Traduzido por Baleeiro quando do comentário sobre a criação do direito sumular no Brasil da CF/46. “A regra, pois, prestigia o precedente, protegendo-o contra o individualismo do juiz e contra a instabilidade do próprio Tribunal.” Bem oportuna é a crítica da leitura da súmula como se tratasse dos prejudicados do art. 861 do CPC/39 ou dos assentos das Ordenações Manuêlinas e Filipinas (Liv. I, Tít. V, § 5º) “no assento, suscitava-se a dúvida ao regedor, que a submetia à Mesa Grande, para depois ser anotada, como regra futura, no ‘livrinho’ da Relação ou da Casa da Suplicação, a menos que entendessem de levar a controvérsia à decisão d’el-rei.” (BALEEIRO. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. p.127). “A súmula não se baseia na solução provocada por uma dúvida, mas na predominância da jurisprudência sobre cada tese controvertida, de sorte que, como no *stare decisis*, o Supremo se inclina a julgar do mesmo modo sem novo embate.” (Id., p.128). Baleeiro diz e prova com estatísticas da época que as mudanças ocorridas no período “revolucionário” (sic.) possibilitaram a redução de trabalho no Supremo (com um julgamento efetivo mais de 90% superior em 1966 ao mesmo período em 1965). Indica, sobretudo, que foram arquivados por força da EC nº 16, e por força da súmula, 1.562 processos até 13.06.1966. (Id., p. 133-134). Cf. BALEEIRO, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**.

⁸⁵⁵ A questão da constitucionalidade já foi de todo superada, cf. o novo § 2º, do art. 102 da CF/88: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas **ações diretas de inconstitucionalidade** e nas **ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” Conforme noticiou o boletim informativo do STF o art. 28 da Lei 9.868/99, norma referente ao efeito vinculante da ADI e ADC, já havia sido decretado constitucional pelo pleno. Cf. “Efeito Vinculante em ADI – 1. Concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Min. Maurício Corrêa, relator - que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Município de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADIn 1.662-SP por falta de legitimidade ativa ad causam do reclamante - o Tribunal, por maioria, decidiu todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade, sejam considerados como parte legítima para a propositura de reclamação, e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Considerou-se que a ADC consubstancia uma ADI com sinal trocado e, tendo ambas caráter dúplice, seus efeitos são semelhantes. Vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que declaravam a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por ofensa ao princípio da separação de Poderes. (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”). Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 6.11.2002. (RCL-1880).

Trata-se da **recepção constitucional tardia** da jurisprudência dos precedentes⁸⁵⁶ que exige dos juristas uma **preocupação renovada com o método** (não só no fórum, mas também no ensino jurídico). São temas que deverão fazer parte do cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável, na prática, a jurisprudência dos precedentes; o *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento; e, o *overrule*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores (o direito é dinâmico).

Uma leitura atenta da nova regra constitucional já possibilita extrair algumas ilações produtivas e direcionar sua interpretação nesse sentido:

“Art. 2º (...) Arts. 103-A. O **Supremo Tribunal Federal** poderá, **de ofício ou por provocação**, mediante decisão de **dois terços dos seus membros**, após **reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º **A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.** § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser **provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.** § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, **cabará reclamação** ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, **anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada**, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”⁸⁵⁷

⁸⁵⁶ Como bem percebeu Dinamarco: “É obvio...que a outorga de caráter vinculativo a decisões judiciais, que equivale a dotar os tribunais de *poder normativo* e alterar a vigente fórmula brasileira de separação entre os chamados Poderes do Estado, não deve ser feita sem os cuidados e adaptações exigidos pela própria índole e estrutura do nosso sistema de direito escrito”, e mais adiante: “Se a questão é político-institucional na medida da reformulação proposta ao sistema de *checks and balances* constitucionais, que se tenha a coragem de dar-lhes solução política porque já se sabe que em regras puramente técnicas de direito processual nenhum resultado eficaz se encontrará”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Direito Processual**, ano 25, n. 100, p. 166-192, outubro/dezembro, 2000. p. 170. Ver ainda o excelente trabalho de Cruz e Tucci com vasta indicação de fontes européias sobre o tema : CRUZ E TUCCI, **Precedente judicial como fonte do direito.**

⁸⁵⁷ Cf. “Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

Ressalta-se alguns requisitos, que já apontam para a aplicação racional e democrática do texto:

a) a manifestação do Supremo Tribunal Federal será “de ofício ou por provocação”, conferindo-se legitimidade para todos aqueles referidos no rol de legitimados para as ações concentradas de controle de constitucionalidade, “poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”, mesmo quando de ofício dependerá de provocação anterior, por ação processual, uma vez que o Judiciário deve respeitar a regra da inércia (infra);⁸⁵⁸

b) a decisão pela súmula somente pode ser elaborada “após reiteradas decisões sobre **matéria constitucional**”, não qualquer matéria, somente aquela que é atribuição precípua do STF (art. 102, *caput*), exige-se, para além disso, que esteja identificada uma questão, um *status*, uma *issue*, representando uma controvérsia concreta, “das quais haja **controvérsia atual** entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a administração pública”;

c) o objeto da súmula se identifica com o moderno juízo de constitucionalidade pelo STF, tendo por objetivo “a **validade**, a **interpretação** e a **eficácia** de normas determinadas”, poderá retirar a norma do sistema, dar-lhe interpretação conforme, decretar a norma interpretada inconstitucional, sem reduzir o texto ou determinar uma especificada eficácia

⁸⁵⁸ O art. 103 da CF/88, reformado pela EC 45/04, apresenta a seguinte redação: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade”, com isso unificaram-se os legitimados à propositura das ações concentradas, acresceu-se, ainda, por uma precisão terminológica, a “Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal” e o “Governador de Estado ou do Distrito Federal”.

espacial ou temporal para a norma objeto da súmula, desde que a controvérsia “acarrete **grave insegurança jurídica e relevante multiplicação** de processos sobre questão idêntica”.

Ora, no item

a) tem-se a **abertura para os intérpretes da Constituição;**

b) o requisito das “**reiteradas decisões**” revela-se fundamental para que se identifique a **ratio decidendi**, afastando a sua confusão com os *obiter dicta* – considerações desenvolvidas a propósito do caso em debate, sem que dessas decorra, necessariamente, a decisão, portanto, sem efeito de precedente vinculante. As súmulas, como vimos acima, não podem ser aplicadas como normas, trata-se da cristalização em um enunciado da razão de decidir de vários (reiterados) precedentes (aqui não importa tanto que sejam muitos, no sentido de variados, mas que sejam bem pensados, no sentido de solucionar bem o “problema” posto, ou seja, formar uma “jurisprudência dominante”, uma convicção firme e também satisfatória do *thema in decidendum*). Tem-se, como conseqüente, a **necessidade de uma “controvérsia” de direito** (observe-se que a controvérsia de direito não fazia sentido no paradigma legalista, no qual o direito era “certo”) que deverá apresentar os contornos bem definidos, nas decisões, para possibilitar a formação da súmula. A **aplicação será por analogia, obtida da razão de decidir e não só pelo enunciado da súmula**, esse serve apenas como guia e **fórmula sintética**, jamais como regra abstrata, até

porque, na sua formação, tem como **premissa casos concretos**, dos quais não pode se distanciar sem perder substância;

c) Com isso atinge-se melhor o objetivo **de esclarecer sobre a validade, interpretação ou eficácia de uma determinada norma**, bem como;

d) torna-se mais previsível a aplicação dessa norma, reduzindo a “multiplicidade de processos” sem prejudicar a abertura do controle judicial.

Já a jurisprudência dominante tem de ser vista pelo que não é, ou seja, definida por exclusão. Não é jurisprudência dominante, aquela formada por um único órgão deliberativo, havendo competência para mais de um órgão do Tribunal na matéria respectiva deverão estar assentes todos os órgãos. Claro que isso não impede a existência de votos divergentes, porém o principal é a discussão interna sobre os pontos da questão debatida, ou seja, o reforço de sentido da decisão por meio da análise, pelos juízes de segundo grau, dos votos divergentes e das decisões divergentes dos órgãos de mesma competência, seja posta as claras. Por óbvio esse esforço será necessário e deverá ter lugar em demandas repetidas que ensejem essa necessidade; para isso serve o conceito de “jurisprudência dominante”, gerando a desejada previsibilidade.

Assim, também não se coaduna com o conceito de jurisprudência dominante a jurisprudência mal determinada pela ausência de coerência e identificação interna entre os precedentes, essa importante ressalva se aplica também as súmulas ora existentes. Para que seja possível a formação de entendimentos dominantes (ou pacíficos) a questão deve estar clara e bem acessível em diversos precedentes. Portanto, deve existir uma preocupação dos

juizadores em utilizar os mesmos precedentes nos julgamentos análogos, reforçando sua coerência interna. A prática corriqueira de buscar um precedente a esmo para facilitar o julgamento presta enorme (des)serviço a essa coerência.

O fato está aí, a jurisprudência vinculando a uma determinada interpretação do Direito, quer fortemente (como nas súmulas e nas decisões de controle de constitucionalidade), quer de maneira mais suave, argumentativa (como na possibilidade de julgamento conforme a jurisprudência vinculante), denota que a criação dos tribunais é hoje, no Brasil, fonte primária do direito.

Tem-se uma mera inversão de perspectiva. A verdade é que a percepção da realidade do processo e da aplicação do direito nunca deixou de assombrar a alta doutrina:

“Tempos houve em que o processo, em vez de realizar, criava o direito. Ainda hoje ele cria. É de esperar-se que, dentro das futuras planificações econômicas, a sua criação, dentro delas, seja enorme. O que lhe é essencial é aplicar o direito. Não há só aplicação de direito preexistente. Aplica-se, também, o direito que se revela no momento, coincidindo então incidência e aplicação judicial, como coincidem incidência e aplicação espontânea quando a lei manda que no dia tal se pratique o ato tal e as pessoas sujeitas a ela, obedecem.” (PONTES DE MIRANDA)⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, t.I, p.XXVIII.

CONCLUSÃO

“A estatura do Aquiles homérico só pode ser compreendida quando se vê como “o autor de grandes feitos e o pronunciador de grandes palavras”. Diferentemente do conceito moderno, **essas palavras não eram tidas como grandes por exprimirem grandes pensamentos**; pelo contrário, como percebemos pelas últimas linhas de *Antígona*, **talvez seja a capacidade de emitir “grandes palavras” (*megaloi logoi*) em resposta a rudes golpes que nos ensine a reflexão na velhice.**” Na Grécia antiga: “O pensamento era secundário no discurso; mas **o discurso e a ação eram tidos como coevos e coiguais, da mesma categoria e da mesma espécie**; e isto originalmente significava não apenas que quase todas as ações políticas, na medida em que permanecem fora da esfera da violência, são realmente realizadas por meio de palavras, porém, mais fundamentalmente, que **o ato de encontrar as palavras adequadas no momento certo, independentemente da informação ou comunicação que transmitem, constitui uma ação.** Somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza.” (ARENDDT).⁸⁶⁰

As notas coligidas nesta tese são prospectivas e relacionais. Um olho no futuro e outro na tradição do processo civil brasileiro. Pretende-se ter apresentado a conformação do processo civil em um Estado Democrático Constitucional que garanta o espaço e os meios para o desenvolvimento da sociedade brasileira como sociedade democrática, e não apenas como uma democracia representativa. Nessas circunstâncias, as regras do jogo determinam, pela peculiaridade da formação jurídica e política brasileira, que o Poder Judiciário assumira uma posição de compromisso com as demandas sociais frente ao abuso de poderes pelo

⁸⁶⁰ ARENDT, Hannah, **A condição humana**, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 34 -35.

Estado e pelos demais poderes de uma sociedade plural (empresa, cidadão, mercado etc). Para tanto, a percepção da mudança na lógica jurídica (ainda prenhe de desdobramentos) e nas relações entre Direito e Política, são premissas para a apresentação de um processo civil constitucionalizado em que o “poder” do Poder Judiciário atua como harmonizador dos demais poderes (*checks and balances*), atendendo à provocação das partes e legitimados. O Judiciário foi apresentado, assim, como um motor da democracia, um espaço institucionalizado em defesa da Constituição e da Justiça (entendida como pretensão de correção e aporia fundamental do Direito), mas que depende da provocação e participação da sociedade para propiciar essa democratização.

Dito de outra forma: trata-se de um modelo cooperativo de administração da Justiça, no qual o Poder Judiciário é mais ativo, na medida em que atua na conformação das políticas-públicas e na própria atividade de prestar a jurisdição (iniciativa probatória, conformação do debate etc.), porém, é, ao mesmo tempo, mais comprometido com a cidadania, uma vez que as partes tem o direito de influenciar as decisões finais e o juiz está comprometido com o leal e simétrico debate das questões suscitadas.

Por isso, pretende-se relembrar, mesmo incorrendo em clara tautologia, algumas das premissas que compõem a tese apresentada. Far-se-á essa reconstituição por capítulos, na ordem em que foram apresentados os temas abordados no texto.

1) O Primeiro objetivo foi reconstruir a história recente de nosso processo constitucional republicano. Tratou-se de demonstrar o conteúdo híbrido de nosso processo constitucional (fortemente influenciado pela tradição de *common law*) e a sua vinculação ao desenvolvimento do processo civil no nosso País. Com isso construiu-se a base para a

afirmação de que no atual estágio da nossa ciência processual não faz nenhum sentido ficarmos presos às limitações infraconstitucionais que estão em desacordo com os objetivos da Constituição Federal de 1988: um processo efetivo e que observe o máximo possível de segurança jurídica. O direito processual civil entre dois mundos, o *judge-made-law* norte-americano e o juiz boca-da-lei europeu, sofreu nas nossas peculiaridades históricas uma natural fusão, em grande parte influenciada pela cultura do “bartolismo” (a facilidade com que se lida com fontes e institutos alienígenas, buscando a “boa-razão”).

2) A fusão entre o Estado de Direito e a *Rule of Law*, franqueia uma possibilidade institucional única e rica: ao recepcionar-se o controle judicial (*judicial review*) e, tardiamente, o *stare decisis* mitigado (princípio da vinculação aos precedentes jurisprudenciais) ao lado de um sistema codificado e técnico de processo civil, atingiu-se a pretensão mais acurada da processualística contemporânea: uma figura mestra que une as vantagens das duas tradições. Percebido sob essas luzes, o processo civil brasileiro poderá ser considerado um modelo para os demais países que adotem uma Constituição Democrática em sentido amplo.

3) Para tanto, afasta-se o falso “paradoxo metodológico”⁸⁶¹ do processo civil brasileiro (*common law*/direito codificado). A solução do “paradoxo” se dá de forma evidente na unidade da Constituição. Todo ordenamento jurídico retira sua validade da Constituição; não pode ser diferente com o processo civil.

⁸⁶¹ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 176.

4) Na contraposição de arquétipos, *common law/civil law*, *ordo* simétrico/*ordo* assimétrico, lógica tópico-dialética/lógica formal-apodíctica, procurou-se estabelecer apenas os elementos básicos de suas características em busca do *tertium comparationis*:⁸⁶² a contraposição que salienta e identifica o problema e permite a proposta de soluções em face das experiências particulares.

5) Procurou-se construir elementos para um debate sob a perspectiva da “razão débil”, a razão entendida de forma fraca. Não é objeto do estudo do jurista o conceitualismo filosófico em sentido estrito (falha de toda a concepção “mentalista” do direito). Quando trabalha com elementos da filosofia, o jurista e o pensador crítico do direito, deve se ater aos “platôs” de entendimento,⁸⁶³ sem distanciar-se do tema discutido e nem apegar-se nas filiações fortes com conceitos filosóficos. Muito frequentemente as teorias filosóficas apresentam-se controvertidas e de difícil solução em seu próprio campo de aplicação. Pensar em “platôs” significa permitir pontos de contato entre concepções filosóficas e normativas distintas, constringendo ao discurso racional.

6) No capítulo segundo demonstrou-se a necessidade de retornar ao juízo, a uma lógica argumentativa do Direito, abrindo mão, em parte, das conquistas da “tecnologia” processual iluminista (cientificismo) para melhor adequar a racionalidade jurídica as atuais sociedades complexas e democráticas. Trata-se de uma aspiral progressiva. Resgatou-se aqui a idéia de Carnelutti: o retorno ao *iudicium* não é um caminho para o passado, mas “a serpentina de uma montanha”.⁸⁶⁴ Demonstrou-se que a passagem do *ordo iudicarius* ao *processus* esteve umbilicalmente ligada à apropriação do “poder” pelo soberano (formação

⁸⁶² Cf. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, p. 17.

⁸⁶³ Cf. PCEZENIK, *Ratio Júrís* p. 106-117; VATTIMO, *O fim da modernidade*; VATTIMO, *Para além da interpretação*: o significado da hermenêutica para a filosofia.

⁸⁶⁴ CARNELUTTI, *Torniamo al ‘giudizio’*, p. 174.

dos Estados-Nação) e que o discurso de cientifização do Direito servia a esse intento. Manter a autoridade do príncipe. Somente em um segundo momento se soma a esse intento a busca da racionalidade perfeita *a priori*, mas mesmo essa é sempre decorrente de uma opção de interesse, quase sempre político. Os esforços desenvolvidos não fizeram mais do que introduzir a problemática dos modelos de racionalidade jurídica (apresentados paradigmaticamente como modelos probatórios) e indicar a solução mais adequada à racionalidade prática procedimental, que permite internamente ao processo a adequação ao problema posto, negando qualquer imperativo *a priori* ou valor objetivo e devolvendo a autoridade ao argumento em detrimento do poder exógeno.

7) A solução dada, com larga preferência pela lógica tópica (dialética) e pela prova apresentada como *argumentum*, implica aprofundar as suas conseqüências no direito probatório, principalmente quanto aos indícios, às presunções, aos ônus da prova e sua influência nas decisões. O que se pretendeu foi indicar o reconhecimento (porque se advoga a sua constância na história do Direito nacional, apesar de uma clara “inconsciência” dos juristas) de um “novo” método (estilo, para alguns), entendido como ordem ou padrão lógico e racional para pensar as decisões judiciais. Um método comprometido com a correta identificação do problema (*thema probandum* ou *thema in decidendum*).

8) A ordem (*ordo isonômico* ou *assimétrico*) corresponde, assim, ao padrão adotado pelo ordenamento jurídico. Dentro de uma ordem assimétrica, com a angularização das relações processuais, o Estado-juiz apropriou-se do processo com menor ou maior intensidade, tomando espaço no topo da pirâmide, voltada à distribuição do “poder” no processo, tendo como limite duas questões fundamentais: a 1) dicotomia entre a questão de fato e a questão de direito e 2) a primazia absoluta da lei como fonte de criação jurídica.

9) Já em uma ordem isonômica a realidade é toda outra, altera-se substancialmente. Isto porque o centro do poder já não está mais na figura do Estado-juiz como “sabedor” do direito legislado⁸⁶⁵ e a lei não representa mais a primazia absoluta como fonte, sendo a questão de fato entendida como uma questão jurídica. Nesse quadrante, o “problema” torna-se o vértice para onde irão convergir os olhares dos sujeitos processuais e o contraditório (*audiatur et altera pars* - incluindo aí o papel do juiz, o contraditório preventivo etc) aparece como a técnica para coordenar o debate judicial. Este padrão, de resto, tem na tópica sua orientação de percurso, entendida esta como técnica de resolução de problemas que melhor permite a identificação das premissas da discussão (no caso da prova: os *status*, *issue*, a questão ou *thema probandum*), seus limites e uma constante preocupação com a correção (pretensão de correção), evitando o distanciamento do tópico, que poderia se degenerar em uma lógica formal estéril.

10) Este raciocínio não implica a perda de segurança jurídica e de certeza nas decisões judiciais, isto porque o direito processual e o direito probatório devem estar aptos para fornecer um padrão dogmático (aberto) que garanta uma “certa unidade conceitual e valorativa, pressuposto da concreção dos princípios da certeza e segurança jurídica”.⁸⁶⁶ De certa forma os catálogos legais (diplomas mais gerais como o CPC e o CDC) já estabelecem este *padrão mínimo de estabilidade*, que também é conformado por uma série de regras da experiência comuns na prática judiciária.⁸⁶⁷ Como foi advertido, o papel da jurisprudência é preponderante no construir bases de raciocínio tópico onde possa se desenvolver uma noção de “entendimento” do Direito. Nesse sentido também a doutrina colabora.

⁸⁶⁵ Vale lembrar que apesar da alta autoridade de que desfrutaram os magistrados nos ordenamentos de *commom law* a sua humanidade não lhes é negada: “Melhor juiz é aquele «*men of observation and experience in human affair and conversation.*»”, GIULIANI, Il Concetto di Prova, p. 198.

⁸⁶⁶ MARTINS-COSTA, **A Boa-Fé no Direito Privado**, p. 518.

⁸⁶⁷ Portanto, “é necessário que a jurisprudência, alimentada pela doutrina, elabore, mediante a utilização do raciocínio tópico, os modelos aos quais as cláusulas gerais potencialmente reenviam”, Id., Ibid., p. 518.

11) O que vem sendo referido até aqui evidencia isto: que o juiz também faz escolha dos fatos relevantes para a decisão, que esta escolha é arbitrária e não automática, que as partes devem poder influenciar nesta decisão (na opção por um ou outro fato) e que esta complexidade, inerente ao Direito, revela que, além de impossível a cisão entre questão de fato e questão de direito, a lógica demonstrativa, indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova (que é o modelo mínimo do raciocínio em juízo). Todo o raciocínio judicial deve ser, *ultima ratio*, controlado pela “vinculação ao problema” e pela “aporia fundamental” da decisão justa. As cadeias dedutivas ou indutivas, criadas com base na lógica demonstrativa (indutiva ou dedutiva), são válidas enquanto não tomarem distância dessa realidade.

12) A necessária racionalidade jurídica não se apresenta, portanto, como assepsia lógica (como a ilusão do cientificismo oitocentista que via nas matemáticas a solução para todos os problemas do mundo e no indivíduo um gigante plenipotenciário, centro do universo jurídico). O Direito brasileiro tem plenas condições de, dentro de sua perspectiva histórica e cultural, apresentar soluções mais adequadas do que o antagonismo virtual entre os modelos probatórios apresentados, que traduzem também o antagonismo entre as racionalidades jurídicas, de um lado, a racionalidade teórica e, de outro, a racionalidade prática procedimental. O modelo contemporâneo do direito processual exige sua adaptação à lógica dialética e procedimental e à pretensão de correção como objetivo no discurso jurídico.

13) É justamente o resgate da dimensão discursiva do Direito que leva a afirmar a sua contundente função política no Estado Democrático Constitucional de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. O terceiro capítulo foi impregnado dessa tarefa. Vencer a

dicotomia entre Direito e Política, que na raiz identificou-se com a dicotomia platônica entre Filosofia e Política, a fuga das questões do mundo pelo Direito (ARENDR).⁸⁶⁸

14) Precisa-se tomar uma conduta “amistosa para com a democracia”.⁸⁶⁹ A democracia como regime global de governo, nos Estados ocidentais, é muito recente e ainda muito débil. O Brasil tem pouco mais de 20 anos de governo central democraticamente eleito. Precisa-se abandonar de vez as noções simplistas e paternalistas com relação ao tema. A democracia não nasce pronta, não é um dado, mas um construído.

15) Por outro lado, no trabalho de apresentar a democracia desmistificaram-se algumas falácias ou lugares comuns da prática política. Entre elas destacam-se as seguintes constatações: a) a democracia representativa não se opõe frontalmente à democracia direta, antes elas se completam para o objetivo de uma democracia integral; b) a grande mudança política não é o advento de uma democracia direta plena ou total, mas, sim a passagem de uma democracia política para a democracia social (democratização da sociedade); c) democracia e pluralismo não são sinônimos, a democracia luta contra o poder que “vem do alto”, que não reside no povo. O pluralismo desafia o poder centralizado, pregando sua descentralização. Nas sociedades contemporâneas o pluralismo é um dado fático irrenunciável e somente pode ser cooptado com a democracia de cunho participativo, ou seja uma democracia pluralista é a que garante a participação popular na formação das decisões nas diversas esferas de poder.

16) A democracia participativa proposta é uma abertura para a democracia integral e para a participação democrática da sociedade civil que atende aos princípios da democracia

⁸⁶⁸ ARENDR, **Filosofia e política**.

⁸⁶⁹ HIRSCHMAN. **A retórica da intransigência**: perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das letras, 1992, p. 139.

direta e às expectativas do pluralismo. Não são poucas as novas leis que, procurando atender a essa sugestão constitucional, procedimentalizaram meios para a participação democrática na tomada de decisões por parte das pessoas sobre as quais serão revertidas as consequências práticas dessas decisões.⁸⁷⁰ Essa característica externa já denota a preocupação em abertura democrática que permeou todo o debate constitucional e o momento histórico da elaboração da Constituição Federal de 1988. Trata-se de reconhecer a postura necessária da “demodiversidade” (SANTOS),⁸⁷¹ um máximo de meios para a democratização da sociedade.

17) Não se trata mais de saber se a superioridade do Poder Judiciário, como órgão controlador, afeta o princípio da maioria (democracia representativa), mas de como se dará essa superioridade em uma democracia de direitos fundamentais.

18) No Brasil, seguindo essa linha de raciocínio, o Poder Judiciário é espaço institucionalizado privilegiado para o exercício da democracia participativa, espaço privilegiado pela nossa configuração constitucional da relação entre os poderes (*checks and balances* animado pela *judicial review*). Não é o único, nem o mais adequado para todos os casos, mas deve desempenhar o seu papel constitucional como espaço institucionalizado para o debate democrático. Negar-lhe essa dimensão é reduzi-lo ao Estado Liberal, no qual foi pensado para solucionar litígios entre partes individuais (proprietários) e sem o compromisso de harmonizar os demais poderes com a Constituição. Por outro lado, limitá-lo a uma determinada noção de “bem” ou centralizar todas as soluções nas políticas públicas é remetê-

⁸⁷⁰ Para além das experiências portoalegrenses do orçamento participativo (cf. SANTOS, Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS. **Democratizar a democracia** p. 457-559), a legislação posterior a Constituição de 1988 abriu uma série de espaços de *interface* entre o Poder Público e a comunidade, as pessoas que serão atingidas pelas decisões do Poder Administrativo, são exemplos mais notáveis dessa abertura o art. 225, IV da CF/88 e art. 11 da Resolução CONAMA 1/86 (Direito Ambiental e Audiências Públicas sobre as atividades potencialmente poluidoras); art. 48, parágrafo único da Lei Complementar 101/2000 (Lei de responsabilidade Fiscal); arts. 40, § 4º. e 43, II da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade); arts. 32 e 34 da Lei 9.784/97 (Lei do Processo Administrativo); o art. 9º., § 2º. e art. 20, § 2º. da Lei 9.868/99 (Lei das Ações de Controle de Constitucionalidade).

⁸⁷¹ SANTOS; AVRITZER,. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In. SANTOS, (org.). **Democratizar a democracia**. p. 41.

lo a um conceito puro (e ultrapassado) de Estado Social, radicalmente interventivo e burocrático, que na verdade nunca chegou a ser instituído nos países em desenvolvimento como o Brasil e que já se mostra deficitário nos países que pretenderam adotar esse modelo.

19) Nesse particular os direitos fundamentais apresentam-se como catalisadores da função mais participativa e democrática do Judiciário. Os direitos fundamentais são direitos políticos e o direito processual é um direito fundamental constitucionalizado. Direito fundamental que se exprime como *status activus processualis*, um direito ativo à organização e ao procedimento, mas não só, um direito não típico (caráter funcional de seu conteúdo aberto) de provocar a atuação do Judiciário para fazer valer um direito fundamental. Tanto para garantia da efetividade dos direitos materiais fundamentais (como instrumento de aplicação do direito), quanto como garantia de segurança contra o abuso dos poderes do Estado (direito fundamental a forma como direito de defesa).

20) O Estado brasileiro que se forma na doutrina constitucional atual é um Estado Democrático Participativo de Direito. Para tanto é inarredável a percepção de que os modelos normativos de democracia liberal (indivíduo como centro do sistema e garantia da autodeterminação) e de democracia comunitária (comunidade como centro do sistema e garantia do “bem comum”, coletivamente identificado com uma concepção de “bem” fornecida *a priori* pelo consenso moral – sic.) não conseguem dar vazão às pretensões de um regime democrático pluralista. Portanto, sugeriu-se, como alternativa, a busca de um modelo deliberativo-procedimental de democracia que valorize o espaço institucionalizado para a argumentação e tomada de decisões.

21) Esse modelo tem a sensível vantagem de afastar as resistências que se poderia opor no campo do direito processual civil a um processo das partes (modelo liberal, identificado com o *adversary system* da tradição de *common law*) ou a um processo social (modelo comunitário, identificado como o processo soviético e com o nacional-socialismo). No processo, o modelo procedimental-deliberativo, se dá por meio dos postulados da máxima da cooperação (*KooperationMaxime*) e do “formalismo valorativo” (ALVARO DE OLIVEIRA),⁸⁷² no qual a forma é entendida em sentido amplo. Pretende-se, assim, que a valorização desses postulados auxilie ao jurista na tarefa de, em contraditório, argumentar segundo a pretensão de correção.

22) Na segunda parte da tese procurou-se demonstrar os reflexos que o modelo cooperativo de processo e a democratização das fontes do direito provoca sobre a doutrina clássica, analisando de forma crítica a sua evolução posterior ao texto constitucional de 1988.

23) Nesse sentir, para enfrentar as relações entre processo e Constituição preferiu-se chamar a matéria tratada de “Direito Processual Constitucional”, porque referente ao processo civil conforme a Constituição, recepcionado pela Constituição e com ela acorde em sua unidade argumentativa.

24) O processo constitucional, que é a matriz do direito processual constitucional, subdivide-se, nessa proposta de organização da matéria, em: princípios constitucionais do processo; jurisdição constitucional *lato sensu*; e, normas de organização judiciária. Essa divisão se justifica para abrandar a rigidez de pretensas soluções didáticas (v.g., distinção

⁸⁷²Cf. o conjunto da obra do Prof. Alvaro de Oliveira, precursor do processo cooperativo no Direito brasileiro, em especial a tese de doutorado: ALVARO DE OLIVEIRA. **Do formalismo no processo civil.**

entre direito processual constitucional e direito constitucional processual) e recuperar a unidade da matéria sob o pálio constitucional.

25) No tópico jurisdição constitucional *lato sensu* incluem-se as ações para controle de constitucionalidade concentrado (ADI, ADINO, ADC e ADPF); o controle de constitucionalidade difuso (com instrumentos como o recurso extraordinário e o incidente de argüição de inconstitucionalidade); e, as ações constitucionais (MS, HC, HD, MI etc). Estas últimas não prescindem do selo “jurisdição constitucional” (melhor dito: jurisdição constitucional das liberdades)⁸⁷³ que lhes confere outra estatura e eficácia, potencializando-as como instrumentos diferenciados, afeitos aos interesses pregados na Constituição.

26) Não descurou-se de observar as relações entre processo e ideologia. A ideologia sempre esteve presente no processo civil. Processo é fenômeno cultural, sendo que a técnica empregada sempre traduz e representa um meio escolhido para atingir um fim. A porta de entrada dos valores ideológicos, a primeira influência ideológica no processo, sempre foi o direito material. Hoje é (ou pelo menos assim entendemos que deva ser) o direito material constitucional, em particular os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que cumpre essa função.

27) Os valores atuais que conformam o processo são a efetividade, principalmente visível no direito à duração razoável do processo, na tutela de urgência e na busca pela máxima efetividade, que resulta da congruência entre o que foi pretendido e o que se obtém do processo (a chamada tutela específica); e, a segurança jurídica, visível no interesse renovado por uma jurisdição racional, compreensível, e identificável com a observância dos

⁸⁷³ CAPPELLETTI, *Jurisdicion constitucional de la libertad*, p.5.

conceitos de jurisprudência dominante e da vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade concentrado e nas súmulas vinculantes. Essa segurança deve ser bem entendida como previsibilidade, não como engessamento do Direito (o Direito é sabidamente dinâmico).

28) Fora da democracia, com a conseqüente desangularização da relação processual, nenhuma dessas conquistas faria sentido. À efetividade e à segurança, como valores, aderiu a democracia como valor instrumental. A motivação das decisões, a informação sobre os direitos, a discussão das questões jurídicas e a congruência obrigatória entre o Poder Judiciário e a sociedade (constitucionalmente significadas, ou seja, em conformidade com a Constituição), garantem a legitimidade do mesmo como “poder” e possibilitam o seu controle externo, aliás, em boa hora reconhecido pela EC 45/04. Trata-se de respeitar o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos, herança democrática da Constituição de 1891.

29) Dentro dessas perspectivas renovadas pela visão constitucional, o processo constitucional passa a ter influência na teoria geral do processo (*rectius*: introdução ao estudo), conformando os institutos processuais com seus limites ampliados e com a ideologia que lhe é inerente. Assim, de um processo individualista (relação credor devedor), passa-se para um processo coletivo e individual de cunho social; de um processo privado, quanto a disposição do material probatório, para um processo público, com maior ativismo judicial na busca da aproximação da verdade (pretensão de correção); de um processo técnico e automatizado (conhecimento/execução), para um processo reconhecido como poder, “sincrético” (processos mistos) porque nega a divisão estanque entre declarar e satisfazer, divisão fortemente vinculada à noção estrita de segurança jurídica como certeza.

30) Nessa linha de raciocínio apresentaram-se os seguintes conceitos básicos de direito processual, renovados pelos influxos da Constituição: a) ação - como direito subjetivo público abstrato e autônomo de obter a prestação jurisdicional com justiça, ligada ao direito meramente afirmado na inicial, cabendo para a sua efetivação todas as espécies de ações (*rectius*: tutelas jurisdicionais processuais) capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção contra a lesão ou ameaça do direito; b) jurisdição - como atividade última de criação normativa do Estado e elemento densificador dos princípios e cláusulas gerais, da qual participam as partes e o juiz em visão cooperativa do processo (ALVARO DE OLIVEIRA),⁸⁷⁴ e que se caracteriza, principalmente, pela imparcialidade (existência de terceiro imparcial), imperatividade (presença do Estado-juiz), e imutabilidade externa dos seus provimentos; e, c) processo - como procedimento em contraditório, do qual participam as partes e o juiz, sendo que o fator distintivo dos demais processos (administrativo e legislativo) é justamente a presença da jurisdição.

31) Dentro das grandes linhas esboçadas, as novas reformas processuais e alguns institutos posteriores à vigência da CF/88 podem ser elencados como consentâneos, ou não, dos objetivos aqui propostos. Assim, como elementos positivos das reformas destacam-se : o regramento do processo coletivo no Título III do CDC, criando o sistema processual para tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, elencando normas para a sua efetividade, *v.g.*, a coisa julgada do art. 103, e fazendo a necessária ponderação dos abusos, *v.g.*, a litispendência do art. 104 e a condenação no décuplo em custas e nos honorários advocatícios (art. 87, § único). No processo individual, a maior reforma tem se dado no âmbito do antigo processo de conhecimento, que, aos poucos, se transforma em um processo para a efetividade

⁸⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os poderes do juiz e visão cooperativa do processo*.

(contrapondo-se à certeza) com o advento da tutela de urgência interna (cautelar ou antecipatória) e da tutela específica (art. 461, obrigações de fazer ou não fazer, art. 461-A, obrigações de dar).

32) Nesse novo modelo constitucional do processo civil o contraditório se revela “valor-fonte” do direito processual democrático.

33) As características e particularidades desse contraditório renovado apresentam-se como a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do mesmo; a simétrica paridade da sua posição frente ao *iter* procedimental (posição de cooperação e lealdade com os demais “atores” processuais); a mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover, impedir ou modificar a emanção do provimento); a relevância da participação das partes para o autor do provimento (nos processos jurisdicionais: o Estado-juiz) de modo que cada um dos contraditores possa exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles e deva considerar as reações dos outros. Dessarte, o autor do ato deva ter presente os resultados dessas condutas e submeter qualquer inovação relevante ao crivo deste controle (FAZZALARI).⁸⁷⁵ Daí sobressaí um identificável conteúdo sintético do novo contraditório como: direito de influência e dever de debate.

34) Nesse quadro de elementos, é bom repisar, a simples participação não caracteriza o contraditório, esse exige a participação dialética, com o enfraquecimento das posições de poder do órgão que dará o provimento final para preservação da simetria na argumentação. Um particular desenvolvimnto ulterior ocorre em virtude da tradição jurídica

⁸⁷⁵ FAZZALARI, *istituizioni di diritto processuale*, p. 83.

brasileira, supera-se Fazzalari com a constatação de que o próprio processo é fonte de direito material e de direito processual, que esse, no Brasil, tem a feição pública muito mais acurada do que no processo italiano e europeu sobre o qual trabalha o autor peninsular.

35) A parte final, após estas constatações, foi dedicada a teoria circular dos planos e a jurisprudência como fonte primária do Direito na atual conformação constitucional dos Poderes do Estado. Trata-se de identificar a recepção tardia do *stare decisis* e a prevalência do processo sobre a ação para explicar as relações atuais entre direito material e direito processual. As teorias da ação auxiliaram a perceber as relações entre direito e processo, ora nos aproximando das concepções de direito material (Teoria Monista de Direito Material, Teorias Concretas da Ação e Teoria Dualista da Ação) ora nos isolando na perspectiva processual (Teoria Abstrata “pura” da Ação).

36) Viu-se, então, que ambas perspectivas estavam equivocadas, decorriam do excessivo “mentalismo” natural a era da razão.⁸⁷⁶ Procurou-se refletir sobre as conseqüências da mutação lógica no Direito sobre o entendimento destes fenômenos. A natureza lógica do discurso processual, como “discurso prático do caso especial”, contraria a lógica apriorística do direito material, impedindo que qualquer afirmação concreta antes e fora do discurso, qualquer afirmação que não tenha sido efetivamente debatida e com ele não guarde relação intrínseca de congruência (lembramos que a postura tópica veda a cadeia de deduções que afasta o problema, o problema é o centro da discussão), possa ser imposta apoditicamente. Por outro lado, o direito material apresenta-se como fator de estabilização social de grande importância, a vida natural dos direitos, quando não há crise de sua certeza, é fora dos tribunais.

⁸⁷⁶ TARELLO, *Dottrine del processo civile*.

37) Para tanto, a discussão da efetividade dos direitos em “crise” passa por este necessário estado de incerteza, situa-se entre a cruz (direito material) e a espada (direito processual). O sentido do direito é reconstruído pelos intérpretes no processo, que terão maior liberdade quanto menor for a densidade da matéria normativa sobre a qual labora. Por exemplo, sendo uma “regra” a norma tem a seu favor o princípio formal de sua constituição (democracia representativa) que lhe dá uma validade mais ampla e decorre do princípio democrático em senso formal (processo legislativo estabelecido pelos representantes do povo). Por outro lado, sendo um “princípio” ou “cláusula geral” a norma dependerá mais fortemente da identificação de seus elementos concretos de aplicação nos casos análogos já julgados (modelos jurisprudenciais) e também poderá resultar em uma criação autóctone que represente uma nova hipótese de incidência de direito material e a criação de direitos subjetivos.

38) Recortam-se, então, dois excertos da doutrina (PONTES DE MIRANDA e LACERDA). Momentos significativos da evolução do pensamento jurídico. Na sua leitura tentou-se demonstrar que existe prevalência da instrumentalidade e da adequação sobre as demais teorias que procuram relacionar o direito e o processo.

39) Esta prevalência reside já na lógica particular do processo, indicada por Pontes de Miranda, mesmo que tenha criticado o instrumentalismo, e fica evidente na lição de Lacerda, que a ela adere a noção essencial de adequação.

40) A importância da adequação reside na sua tríplice configuração: subjetiva, objetiva e teleológica. Assim, o direito afirmado na inicial terá mais efetiva a tutela jurisdicional quanto mais se aproximarem as três orientações no caso concreto, isto é, sejam corretamente indicados autor e réu, ocorra o direito material afirmado, e o procedimento escolhido seja voltado finalisticamente para a obtenção do “bem da vida” desejado pelo autor.

41) As vantagens desta concepção são evidentes. Não ocorre nem a assepsia do processo em relação ao direito material, nem a superfetação da ação (com a duplicidade de ações, uma de direito material, outra de direito processual, no curso da relação jurídica processual). O direito do autor não fica limitado à existência clara e anterior ao processo de um direito subjetivo, podendo ser pleiteada a tutela de uma “situação jurídica judicializável” encontrável no ordenamento e depreendida das circunstâncias fáticas a exigirem tutela. Tudo ocorre frente ao moderno constitucionalismo e à força normativa da Constituição que anima essa postura prospectiva.

42) Para tanto, deve-se admitir a prevalência da teoria abstrata-criativa da ação, entendendo a relação entre o processo e o direito material como contingente e interpretando-a dentro da teoria da argumentação como direito afirmado (*in status assertionis*) aferível durante todo o arco do desenvolvimento processual. O que ocorre é a prevalência do processo como *locus* argumentativo sobre a ação como veículo para iniciar a argumentação judicial. Tal é a proposta deste trabalho de uma teoria circular dos planos: uma relação contínua e necessária de imbricação entre o direito material e o direito processual. O processo serve ao direito material, mas para que o sirva também é servido por esse, que o modifica, densifica e adapta.

43) O próprio processo (procedimento em contraditório) passa a representar o principal papel, na dimensão em que o direito material está incerto (não certo, não verdadeiro *a priori*) e depende daquele para sua configuração. Respeita-se a observação de que os meios do direito são *audiatur et altera pars*.

44) Propõe-se justamente o seguinte: identificar-se que os planos se interpenetram e que pode ocorrer a incidência do direito em razão do discutido no processo, ou seja em razão da norma jurídica devolvida (criada) pelo processo, após uma maturação no *iter* procedimental em contraditório. Aqui, nesse estudo, denominou-se essa estrutura de Teoria Circular dos Planos. A jurisprudência assume aí o papel de fonte primária do Direito em razão da fragilização do direito codificado e, no Brasil, esse já é um dado de realidade aferível da legislação pátria, que já incorporou conceitos como: jurisprudência dominante, efeito vinculante nas decisões de controle de constitucionalidade concentrado e súmulas vinculantes em matéria constitucional.

Uma breve finalização, como nota de fechamento. Como foi visto e discutido no corpo do trabalho, o que ainda falta no direito processual para projetá-lo em seu real valor de instrumento democrático é a filosofia⁸⁷⁷ que lhe foi roubada no limiar do século passado, quando chegou o instrumento ao cume da técnica (Código de Processo Civil de 1973). Tem-se o compromisso de resgatar o pensamento jurídico autônomo, uma doutrina processual brasileira com pretensão universalista. Parafraseando o grande jurista Pontes de Miranda: não se diga que o processo não cria direito, não se diga que o processo é pura técnica, pois os juristas lêem ciência e o Direito não pode se curvar à imposição de sentidos. A técnica deve

⁸⁷⁷ Não podemos deixar de registrar o reconhecimento aos Professores Alvaro de Oliveira, Lacerda e Silva, bem como ao maestro Pontes de Miranda, pela inserção dessa preocupação filosófica, dessa visão em perspectiva que a filosofia aplicada aos problemas do direito induz no direito processual pátrio.

ser posta a serviço de um fim civilizatório, técnica é caminho, não é a técnica fim em si mesmo.

É preciso reformar o pensamento. Isso porque, o processo civil passa por um momento de renovação e aumento de interesse. Essa ciência jurídica nova (menos de 150 anos) apresenta peculiaridades com as quais os juristas ainda não se encontram completamente familiarizados. Pretende-se ter exposto como essas peculiaridades podem auxiliar na árdua tarefa de democratização do direito. Não obstante a dinamicidade dos direitos fundamentais a sua efetivação cobra do processo o seu papel de instrumento. Toda doutrina deve ser preocupada com a realidade da vida desses novos direitos.

Esta tese teve por escopo demonstrar essa revolução em uma visão posta em perspectiva e tentar aproximá-la, ao máximo, da orientação pela efetividade dos direitos fundamentais. Como toda revolução científica o que se pretendeu foi apenas desvelar o véu que cobria uma realidade já posta e lançar os dados para que uma nova cultura processual se desenvolva dentro dessa proposta de direito processual constitucional, com a observância do modelo de Estado Democrático proposto pela Constituição Federal de 1988.

Tal é a nossa proposta, parafraseando a conhecida expressão de Cappelletti, de “programa de reformas e método de pensamento”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, vol. 113, jan. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Tradução Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos Araújo de. O pedido no sistema da *common law* e o princípio da adstrição. **Revista de Processo**, n 118, p.89-108, novembro/dezembro, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **AJURIS**, ano XII, n. 33, p. 79-85, mar., 1985.

_____. Processo civil e constituição. **Advogado – Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, ano II, n. 6, p. 63-65, abr.-jun., 1985.

_____. **Alienação da Coisa Litigiosa**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Jurisdição e administração. **Revista de Informação Legislativa**, ano 30, n. 119, p. 217-232, jul./set., 1993.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set., 1993.

_____. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 07-20, 1998.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, p. 7-19, 1999.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. VIII, tomo II.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. **AJURIS**, ano XXIV, n. 70, p. 214-239, jun., 2001.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O problema da eficácia da sentença. **GENESIS: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, p. 437-449, n. 29, jul./set. de 2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260-274.

_____. Apresentação. **Revista Processo e Constituição - Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 1, p. 5-6, dez. 2004.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição - Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 1, p. 89-121, dezembro de 2004.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição - Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. 05-32, maio, 2005.

ALVES, José Duarte Nogueira-Sílvia. O direito processual civil português. In: PICARDI, Nicola; SASSANI, Bruno; TREGGIARE, Ferdinando (a cura di). **Diritto e processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani**. Perugia: Edizione Scientifiche Italiani, 2001. p. 511-556.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. 83-100, maio, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Filosofia e política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências**. Antônio Abranches (org.) Tradução: Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 91-115.

_____. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARRUDA ALVIM., José Manuel. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias. **Revista de Processo**, ano 25, n. 97, p.51-106, jan./mar., 2000.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24, p. 159-180, 1999.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal, v. II. 2001

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira, 1891**: comentada. Brasília: Senado Federal, 2002. (ed. fac-similar).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **AJURIS**, n. 35, p. 204-212, 1985.

_____. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. In: **Temas de direito processual - primeira série**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Uma novidade: o código de processo civil inglês. **Revista de Processo**, n 99, p. 74-83, jul./set., 2000.

_____. Duelo e processo. **Revista de Processo**, n. 112, p. 177-185, out./dez., 2003.

_____. A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**, n. 118, p. 75-88, nov./dez., 2004.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, vol. V, 1934.

_____. **A Constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946 (impressão fac-similar dos originais que foram encontrados na casa de Rui Barbosa - Coleção Obras Completas de Rui Barbosa, 1890, v. XVIII, Tomo I).

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 23, p. 65- 78, abr./jun., 1998.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, p. 5-37, jul./set., 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetivação de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARZOTTO. **A democracia na Constituição.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997

_____. **Poderes instrutórios do juiz,** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERGER, Vincent. **Jurisprudence de la Cour Européenne des Dorits de L'Homme,** 7ed. Paris: Dalloz, 2000.

BLACK, Hugo L. **Crença na Constituição.** Tradução: Luiz Carlos F. de Paula Xavier, revista por Paulino Jacques. Rio de Janeiro: Forense, 1970

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos,** 7^a. reimpressão. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Democracia representativa e democracia direta. In: **O futuro da democracia.** 8 ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOECHAT RODRIGUES, Leda. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano.** 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; et al **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002. p. 103 - 194.

BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e o devido processo legal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 423-433.

BÜLOW, Oskar. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. (obra póstuma organizada por Ada Pellegrini Grinover). São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Máximas de experiência. In: **Ensaio e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LX, n. 2, p. 449-463, Aprile-Giugno, 2005.

CAETANO, Marcello. **História do direito português [1140-1495]**. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1985.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. **Rivista di diritto procesuale**, v. X, p. 164/192, 1955.

_____. Giustizia e politica: sentenza e sentimento. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, p. 637/650.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e Tradução: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José. Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, p. 151-163, 1999.

_____. Constituição e défice procedimental. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 69-84.

CAPPELLETTI, Mauro. **La jurisdiccion constitucional de la libertad**. Tradução Hector Fix Zamúdio. México: UNAM - Imprensa Universitaria, 1961.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **Las sentencias y normas extranjeras en el proceso civil**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1968.

_____. El processo civil italiano en el cuadro de la contraposicion “*civil law*” – “*common law*”: apuntes historicos-comparativos. In: **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: EJEa, 1974. p. 315-361.

_____. **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução Santiago Sentis Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEa, 1974.

_____. A ideologia no processo civil. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. **AJURIS**, ano VIII, n. 23, p. 16-33, novembro, 1981.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen G. Northflet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juízes irresponsáveis ?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. **Revista de Processo**. ano 15, n. 57, p. 39-54, jan./mar., 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do mandado de segurança coletivo e suas características. In: **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 91-134. item 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia del derecho**. Tradução Angel Ossorio. Cidade do México: UTEHA, 1940.

_____. Torniamo al “Giudizio”. **Rivista di Diritto Processuale**, anno IV, p. 165-174, 1949.

_____. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXXV, n. 4, p. 539-550, 1960.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVI, n. 1, p. 73/103, gen./mar., 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **O problema da constitucionalidade dos assentos (comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1º. p. 483-530.

_____. Fontes do direito. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2. p. 7-94.

_____. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTIGNONE, Silvana. Introduzione. In: **Realismo giuridico scandinavo e americano: antologia di scritti giuridici**. Bologna: Il Mulino, 1981. p. 07-47.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Cuestiones de terminologia procesal**. México: UNAM, 1972.

CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAVALCANTI, Themistôcles Brandão. **Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

_____. **Do mandado de segurança**. 4 ed. rev.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CERQUEIRA, Luiz Alberto (org.). **Aristotelismo e antiaristotelismo no ensino de filosofia**. Rio de Janeiro: Ágora, 2000.

_____. A filosofia brasileira como superação do aristotelismo português. Disponível na Internet; www.ifcs.ufrj.br/cerqueira/superacao.doc, acesso em 23 de mar. de 2003.

CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. Tradução: José Carlos Brabosa Moreira. **Revista de Processo**, n. 110, p. 115-140, janeiro/fevereiro, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: **Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)**. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. **Instituições de direito processual civil**, tomo I. Tradução: Guimarães Menegale. (Notas de Enrico Tullio Liebman). São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I, p. 102-119.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COMELLA, Victor Ferreris. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: source thoughts on judicial activism. **Texas Law Review**. v. 82, p. 1706-1736, 2003-2004. (HeinOnline – 82 Tex. L. Rev. 1736, 2003-2004).

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política**, n. 2, p. 9-25, 1985.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**, 2 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria das ações em Pontes de Miranda. **AJURIS**, v. XV, n. 43, p. 68-78, julho, 1988.

COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: **Estudios de derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: De Palma, 1998, tomo I, p. 19-95.

_____. Función del proceso en el “*common law*” y en la codificación. In: **Estudios de derecho procesal civil**, 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 47-64 (t. III).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven/London: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. Introdução. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. **Democracia**. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3 ed São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**, Tradução Rogério da Costa. 3 ed. rev. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Decisões vinculantes. **Revista de Direito Processual**, ano 25, n. 100, p. 166-192, out./dez., 2000.

_____. O regime jurídico das mediadas urgentes. **AJURIS**, ano XXVI, n. 82, p. 271-302, junho, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, v. I. 2003.

_____. _____. 3 ed. São Paulo: Malheiros, , v. III. 2003.

_____. _____. 4 ed. São Paulo: Malheiros, v. II. 2004.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da Constituição**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

DOUGLAS, William O. Stare decisis. **Columbia Law Review**, v. 49, n. 6, p. 735-758, jun., 1949 (HeinOnline – 49 Colum. L. Rev. 735 – 1949).

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ECO, Umberto. **Kant e o ornitorrinco**. Tradução: Ana Thereza Vieira. Rio de Janeiro: Record, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **Democracia, jueces y control de la administración**. 4 ed. Madrid: Civitas, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: **Ensaio e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, p. 403-420.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. rev.. Porto Alegre: Globo, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Cosa giudicata e convalida di sfratto. In: **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958. v. 3, p. 261-287.

_____. Processo (teoria generale). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET. 1966, t. XIII, p. 1067-1076.

_____. Sentenza civile. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano : Giuffrè, 1989. t. XLI, p. 1245-1272.

_____. La dottrina processualistica italiana: dall'”azione” al “processo” (1864-1994). **Revista di Diritto Processuale**, anno XLIX, n 4, p. 911-925, ott.-dic., 1994.

_____. **Istituzioni di diritto processuale**. 8 ed. Padova: Cedam, 1996.

_____. Procedimento e processo (teoria generale). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, s/d., tomo XXXV, p. 819-834.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, p. 189-197, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito subjetivo – II. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, s.d. p. 330-334.

FIUZA, Ricardo Malheiros. Mandado de segurança: notícia histórica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandados de segurança e injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIX ZAMUDIO, Hector. **Veiticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965**. México: Unam, 1968.

FLACKS, Milton. **Mandado de segurança**: pressupostos da impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur C. **Civil procedure**. 3 ed. St. Paul: West Group, 1999.

GALEANO, Eduardo. **Veias abertas da América Latina**. 13 ed. Tradução: Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

GARCIA-VILLEGAS, Maurício; UPRIMNY, Rodrigo. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. Tradução: Manuel del Pino. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. s.c.: Civilização Brasileira, s.d. p. 298-331.

GILLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 2ed. Tradução A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GHIRARDELLI JR., Paulo. **Filosofia e história da educação brasileira**, São Paulo: Manole, 2003.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. Lógica (teoria dell' argomentazione). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, 1975. t. XXV, p. 13-34.

_____. L'ordo iudicarius medioevale. **Revista di Diritto Processuale**, ano XLIII, n. 3, p. 598-613, april./jug., 1988.

GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **La responsabilità del giudice**. Milano: Giuffrè, 1995.

GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre o direito processual na grécia antiga. **Revista de Processo**, ano 24, n. 96, p. 250-259, outubro-dezembro, 1999.

GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (org.). **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varrialle; Gaetano Lomônaco; João Ferreira (coord.); Luís Guerreiro Pinto Cacais; Renzo Dini. 2 ed. Brasília: Editora UNB, 1986. p. 401-409.

GRIFFIN, Stephen M. Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights. **Journal of Constitutional Law**, v. 4:2, p. 281-313, jan. 2002. (HeinOnline – 4 U. Pa. J. Const. L. 281 – 2001-2002).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. In: PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Tradução Dr. Emilio M. Franco. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.) **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Safe, 1997.

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

_____. Três modelos normativos de democracia. Tradução: Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. n. 36, p. 39-54. 1995.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, t. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e moral**. Tradução: Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen; DERRIDA, Jacques. **Passado traçou mentalidade política única.** Tradução de Luiz Repa. Folha de São Paulo, s.d. (Texto publicado originalmente nos jornais "Frankfurter Allgemeine" e "Libération" em 31 de março de 2003).

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:** contributo para a compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. **Ação concreta:** relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 376-401.

HESPANHA, António Manuel. (org.). **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime:** colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

_____. Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Justiça e litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Justiça e litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 381-468.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHMAN, Albert O. **A retórica da intransigência:** perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das letras, 1992.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos:** o breve século XX – 1914-1991. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

_____. **A era das revoluções**. 12 ed. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971.

IRTI, Natalino. **L'eta della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

KAFKA, Franz. **O processo**, 6 ed. Tradução Modesto Carone. São Paulo: Brasiliense, 1995.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução: Sumel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN. **Teoria pura do direito**, 2.ed.. Coimbra: Arménio Amado, p. 4, vol. II. 1962,

_____. Tradução: João Baptista Machado. 5 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KHUN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KNIJNIK, Danilo. A “Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, ano XXIII, n. 66, p. 61-84, 1996.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, p. 15/52, jan./fev., 2001.

_____. **o recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica**. Tese de Doutorado: São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

_____. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Forense, 2005.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KRISHAN, Kumar. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LACERDA, Galeno Velhinho. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. III, p. 74-86, jul./dez., 1961.

_____. Regroupement des familles juridiques em droit judiciare. **AJURIS**, ano XXII, n. 63, p. 36-53, março, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, Tomo I. 1998.

_____. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário, 1926-1976**. Porto Alegre: [s.n],. p. 161-170.p. 161-170. 1976

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002. (ed. fac-similar).

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **AJURIS**, ano IX, n. 25, p. 46-67, julho, 1982.

_____. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

_____. _____. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEE, Thomas R. Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist Court. **Vanderbilt Law Review**. V. 52, p. 647-736, 1999. (HeinOnline – 52 Vand. L. Ver. 647, 1999)

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. Tradução: Isabel Marva Loureiro 2 ed.. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; LOPES, José Reinaldo Lima; RIOS, Roger Raupp; SOUZA, Francisco Loyola de. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

LEIVAS, Paulo Gilberto. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002. (Orientador: Luís Afonso Heck).

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003. (ed. fac-similar).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v. VII, p. 327-332, 1952.

_____. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: **Problemi de processo civile**. Napoli: Morano, 1962. p. 490-516.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. In: **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 22-53.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**, Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.1984

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução Alfredo do Gallego Anabitarte, 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história – lições introdutórias**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los tribunales constitucionales en iberoamérica**. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.

MAIHOFER, Werner. Principios de uma democracia em libertad. In: BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual**

de derecho constitucional. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 217-323.

MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti.** 2 ed. Milano: Giuffrè, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A jurisdição no estado constitucional. **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 2, p. x-y, maio, 2005. (no prelo).

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “Sistema em Construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. II, n. 4, p. 347-379, junho, 2004. (edição especial – inserção internacional – 2000-2003).

MARX, Karl. A questão judaica. [S.l.,s.d]. Ed. Moraes.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. **Direito processual constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo,** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica.** Tradução Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença.** São Paulo: [s.n.], 1963.

MICHELI, Gian Antonio. Revisión de la noción de jurisdicción voluntaria. In: **Estudios de derecho procesal civil.** Traducción: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1970, p. 14/20.

MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Notas sobre o art. 1º do Código de Processo Civil. **Revista Jurídica.** Porto Alegre: Notadez Editora, n. 299, p. 19-43.

_____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 63-114.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS,** n. 2, set., 2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, (art. 1º. a 153).** São Paulo: Memória Jurídica,. Tomo I. 2004.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. **Revista de Processo**, n. 124, p. 283-290, junho, 2005.

MONTESANO. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via” **Rivista di Diritto Processuale**, anno LV, n. 4, p. 929-047, ottobre-dicembre, 2000.

MORAES, Henrique Choer de. A prova no direito inglês. In: ZITSCHER, Harriet Christiane (coord.). **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 319-333.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina, 4ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NELSON, Caleb. *Stare decisis* and demonstrably erroneous precedents. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 1, p. 1-84, march, 2001 (HeinOnline - 87 – Va. L. Rev., 84 – 2001)

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência – República**. Porto Alegre: Sulina, Tomo II, 1973.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6 ed. rev. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Celso. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. **Revista LTr**, v. 52, n. 11, p. 1315-1320, nov., 1988.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NORONHA, Jardel; MARTINS, Odaléa. **Referências da súmula do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: s.ed., 1968.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

ORESTANO, Riccardo. L'azione. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, s.d. tomo IV. p.785-822.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. (<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/index.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2005).

OST, François; HOECKE, Mark Van. Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. **Legal Studies**. v. 18, p. 197-215, 1998. (HeinOnline – 18 Legal Stud. 197 (1998).

PACHECO, Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

PAULSEN, Michael Stokes. Abrogating stare decisis by statute: may congress remove the precedential effect of Roe and Cassey? **The Yale Law Journal**, v. 109, p. 1535-1602, 2000. (HeinOnline – 109, Yale L. J. 1533, 1999-2000)

PCEZENIK, Aleksander. Can philosophy help legal doctrine? **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, p. 106-117, mar., 2004.

PEKELIS, Alessandro. Azione. In: **Nuovo digesto Italiano**. Torino, 1938. Tomo II, p. 92-108.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de direito y consituicion**, 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 1, p. 201-208, 1985.

_____. Diritto moderno. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, s/d, Tomo XXXVI, p. 101-118.

_____. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, p.673-681, 1998.

PODETTI, Juan Ramiro. **Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara,. tomo I. 1936.

_____. **História e prática do habeas corpus**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

_____. **Comentários à Constituição de 1946 (art. 129-141§ 14)**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi,. Tomo IV,1960.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais,. Tomo I, 1970.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 (arts. 153, § 2º -159)**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V. 1971.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo VI, 1976.

_____. **Fontes e evolução sistemática do direito brasileiro**, 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, , 5ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, Tomo I, 1997. (atualização legislativa: Sergio Bermudes).

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, Tomo VI,1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, Tomo VIII, 2000.

POPPER, Karl. **A sociedade democrática e seus inimigos**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1959.

PROVINCIALI, Renzo. **Norme di diritto processuale nella costituzione**. Milano: Giuffrè, 1959.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Traducción: Maria Isabel Azereto Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O Projeto do novo Código Civil**, 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**, 2 ed. Milano: Giuffrè, 1962.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SAMPAIO, Francisco Coelho de Souza e. Preleções do direito pátrio, público e particular (1793-1794). In: HESPANHA, António Manuel (org.). **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Civilização Brasileira, [S.l.; s.d.].p. 457-559.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo, Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fev., 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1986, .

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (org.). **Dicionário de política**, Tradução: Carmen C. Varrialle; Gaetano Lomônaco; João Ferreira (coord.); Luís Guerreiro Pinto Cacaís; Renzo Dini. 2 ed.. Brasília: Editora UNB, 1986.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. (vol. I – fontes do direito).

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. III, 2000.

_____. **Teoria geral do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de processo civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2002.

_____. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Direito material e processo. **AJURIS**, ano XXXI, n. 96, p. 289-312, dez, 2005.

SILVEIRA, José Neri. Dimensões da independência do Poder Judiciário. In: **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOTT, Airton José. A possibilidade do controle judicial de consitucionalidade – incidental, concreto e difuso - direito brasileiro anterior à Constituição de 1988 em conexão com os direitos fundamentais. **AJURIS**. n. 93, p. 09-24, abr., 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

_____. **O Tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

STEIN, Friederich. **El conocimiento privado del juez**. Tradução Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

STEINER, Henry J.; TRUBECK, David M. Brazil – All power to the generals. **Foreign Affairs**, p. 464-479, 1970-1971. (HeinOnline – 49).

STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (org.). **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varrialle; Gaetano Lomônaco; João Ferreira (coord.); Luís Guerreiro Pinto Cacais; Renzo Dini 2 ed.. Brasília: Editora UNB, 1986. p. 585-597.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

_____. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, n 110, p. 141-158, fevereiro, 2003. (Tradução José Carlos Barbosa Moreira).

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n. 2, p. 421-448, april./jug., 1990.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**. n. 103, ano 26, julho-setembro de 2001.

TEPEDINO Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO (org.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-16.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução: Yvonne Jean, 4 ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. **Da democracia na América**. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. 4 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALLÉE, Catherine. **Hannah Arendt**: Sócrates e a questão do totalitarismo. Tradução: Armando Pereira de Souza. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

VARELA, Alfredo. **Direito constitucional brasileiro**: reforma das instituições nacionais. Brasília: Senado Federal, 2002.

VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**: o significado da hermenêutica para a filosofia. Tradução: Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. **O fim da modernidade**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VERDE, Giovanni. Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIX, n. 2, p. 553-582, april.-giug., 2004.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. Retrocesso. **Zero Hora**, Porto Alegre, 10/04/2003. p.3.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Tradução Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964 (reimpressão 1986).

VILLEY, Michel. Law in the liberal arts. **Catholic University Law Review**. v. XIV, p. 158-170, 1965. (HeinOnline – 14 Caht. U. Am. L. Rev. 158, 1965).

_____. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Tradução: Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. Mandado de segurança contra atos judiciais. **Revista dos Tribunais**, v. 66, n. 498, p.19-25, abril, 1977.

WINDSHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polemica intorno all’actio**. Traduzione: Ernest Heinitz e Giovanni Pugliese. Firenze: Sansoni, 1954.

WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society – judicial activism or restraint? **Cornell Law Review**. v. 54, p. 1-28, november, 1968. (HeinOnline – 54 Cornell L. Rev. 1, 1968-1969).

YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**. v. 73, number 4, p. 1139-1147, 2002. (HeinOnline – 73 U. Colo. L. Rev. 1139, 2002).

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução Marina Gascón. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANETI, Hermes. Apresentação. In: **Democracia: a grande revolução**. ZANETI, Hermes (org.). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p. 9-10.

ZANETI, Hermes Junior. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos. De los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia um código modelo para iberoamérica**. México: Porrúa, 2003. p. 45-62

_____. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o protocolo do Mercosul para cooperação jurisdiccional em medidas cautelares: perfil de um processo transnacional para a efetividade. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 231-272.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. In: ZANETI JR, Hermes e MITIDIERO, Daniel. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 23-62.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: ZANETI JR, Hermes e MITIDIERO, Daniel. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.p.115-164.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, ano 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago., 2004.

_____. Direito material e direito processual: relações e perspectivas (uma homenagem a Galeno Lacerda). **Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 1, p. 245-278, dez., 2004.