

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GIOVANI MARTINS DE OLIVEIRA

**A ORALIDADE COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO ÂMBITO DO PROCESSO**

SÃO LEOPOLDO

2013

GIOVANI MARTINS DE OLIVEIRA

**A ORALIDADE COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO ÂMBITO DO PROCESSO**

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção do título de Mestre, pelo Programa
de Pós Graduação em Direito da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof Dr. Darci Guimarães Ribeiro

SÃO LEOPOLDO

2013

O48o Oliveira, Giovani Martins de
 A oralidade como meio de implementação dos objetivos do
 Estado democrático de direito no âmbito do processo / Giovani
 Martins de Oliveira. -- 2013.
 166 f. ; 30cm.
 Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale
 do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São
 Leopoldo, RS, 2013.
 Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

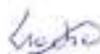
 1. Direitos fundamentais. 2. Estado. 3. Democracia -
 Oralidade 4. Jurisdição - Processo civil. I. Título. II. Ribeiro,
 Darci Guimarães.

CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A oralidade como meio de implementação dos objetivos do Estado Democrático de Direito no âmbito do processo”, elaborado pelo mestrando **Giovani Martins de Oliveira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de abril de 2013.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca Integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Gilberto Stürmer

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



AGRADECIMENTOS

Agradeço aos grandes amigos conquistados neste PPG – Orientador Darci Guimarães Ribeiro e aos colegas Felipe Scalabrin, Guilherme Antunes da Cunha, Gustavo Santanna, Igor Ratz e Miguel do Nascimento Costa, sem os quais essa dissertação jamais seria concluída.

O tempo

A vida é o dever que nós trouxemos para fazer em casa.

Quando se vê, já são seis horas!

Quando se vê, já é sexta-feira!

Quando se vê, já é natal...

Quando se vê, já terminou o ano...

Quando se vê perdemos o amor da nossa vida.

Quando se vê passaram 50 anos!

Agora é tarde demais para ser reprovado...

Se me fosse dado um dia, outra oportunidade, eu nem olhava o relógio.

Seguiria sempre em frente e iria jogando pelo caminho a casca dourada e inútil das horas...

Seguraria o amor que está a minha frente e diria que eu o amo...

E tem mais: não deixe de fazer algo de que gosta devido à falta de tempo.

Não deixe de ter pessoas ao seu lado por puro medo de ser feliz.

A única falta que terá será a desse tempo que, infelizmente, nunca mais voltará.

(Mário Quintana)

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho trata dos resultados da aplicação da oralidade no processo como elemento propulsor do Direito Fundamental ao contraditório participativo e da concretização de vários Direitos Fundamentais no âmbito do processo. Para tanto, faz escorço histórico da origem da sociedade e do Estado, desenvolvendo e caracterizando o Estado desde o modelo feudal até o modelo Democrático de Direito. Aborda o papel do processo e do Poder Judiciário através desses modelos de Estado e examina a forma como o Direito é aplicado, especialmente os efeitos da equiparação do Direito à lei, típica do modelo de Estado liberal. No âmbito dos Direitos Fundamentais, é examinado seu conteúdo, especialmente no que tange aos reflexos na esfera constitucional até o desenvolvimento desses Direitos no âmbito do processo. Por fim, reúne elementos do Estado Democrático de Direito, do processo e dos Direitos Fundamentais, especialmente o de igualdade material a fim de examinar as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo justo, baseado na segurança e na efetividade jurídicas, iluminado sob a perspectiva da democracia e da dignidade da pessoa. Nesse contexto, examina o papel da oralidade no processo, como elemento concretizador dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chaves: Estado. Jurisdição. Direitos fundamentais. Processo. Democracia e oralidade.

ABSTRACT

The essay's main objective is to deal with the results of orality inside the jurisdictional process (case) and taking it as a core element of the participative contradictory considered as a fundamental right, and including many other rights. Therefore, it's made an historical analysis of the State and the society in it's development through Feudal to Democratic State under rule of law model. The role of the Judiciary is studied trough these models and it's examined the manner on how the Law is applied, mainly considering it's assimilation with the coded laws - typically from the Liberal State. The content of fundamental rights is also examined, especially considering the Constitution and it's relation with the judicial process. Finally, gathering the elements of the Democratic State-of-law, of the judicial process and of the fundamental rights, notedly material equality, are analyzed the conditions of possibility on the development of a fair trial, illuminated by democracy and human dignity. In this context, orality emerges as an element of realizing fundamental rights.

Key words: State. Jurisdiction. Fundamental rights. Process. Democracy and orality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO.....	12
2.1 Precedentes Históricos	12
2.2 O Direito, seu Papel Social e sua Concretização.....	16
2.3 Origem e Desenvolvimento do Estado	24
2.4 As Condições de Possibilidade para o Desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais.....	41
3 PROCESSO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	64
3.1 Os Conflitos Sociais e os Mecanismos Jurídicos para sua Resolução.....	64
3.2 Jurisdição e o papel do Poder Judiciário.....	73
3.3 O Processo os Direitos Fundamentais.....	88
3.4 Constitucionalismo e Direitos Fundamentais	99
4 A CONTRIBUIÇÃO DA ORALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	111
4.1 Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo	111
4.2 Os Direitos Fundamentais na Perspectiva do Processo	121
4.3 Objetivos Modernos do Processo	133
4.4 A Oralidade como Princípio e como Procedimento	141
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	152
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do Direito Fundamental à oralidade no Estado Democrático e da análise da concepção dos Direitos Humanos no plano do processo judicial.

A oralidade terá seu conteúdo desdobrado nos vieses de princípio e de técnica processual, no primeiro caso abrangendo a apreciação conjunta das garantias da efetividade, imediatidade, concentração, irrecorribilidade e identidade física do juiz, todos como formas de assegurar a celeridade processual e a legitimidade da decisão judicial do ponto de vista democrático.

O processo inerente ao Estado Democrático tem peculiaridades próprias que o diferencia do processo em outras formas de organização do Estado. As características do Estado Democrático permeiam o processo especialmente no que tange à concretização dos Direitos Fundamentais. Assim, busca-se apreciar o papel do princípio da oralidade na concretização desses Direitos Fundamentais, especialmente como forma de participação das partes na construção das regras aplicáveis às relações jurídicas que envolvem os litigantes.

A partir desse problema central, outras questões periféricas serão apreciadas como pressupostos para a resposta central, quais sejam:

- a) identificar quais as características do Estado brasileiro, em termos de estrutura jurídica, e como essas características podem ser enquadradas na teoria do Estado, considerando como extremos o Estado Liberal e o Estado Democrático;
- b) a partir dessas características, considerando o ordenamento jurídico nacional e a doutrina, examinar quais Direitos Fundamentais aplicáveis ao processo são assegurados aos cidadãos e se a oralidade pode ser considerada uma dessas garantias, bem como de que forma ela se concretiza.

O desenvolvimento da modernidade¹ trouxe novos conceitos a lume e deu ênfase à necessidade da garantia dos direitos fundamentais. O modelo de Estado adotado a partir da Revolução Francesa foi baseado no lema liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que, de pronto, foram implementados os direitos de liberdade, que em muito interessavam à burguesia. A separação do público e do privado afastava a intervenção do Estado da economia, que compreendia também o mercado de trabalho e inviabilizava, do ponto de vista

¹ O conceito de modernidade adotado no caso coincide com a transição do modelo social medieval para o modelo social atualmente aplicado, baseado no antropocentrismo, liberdade individual, livre iniciativa e propriedade privada e separação do público do privado. Esse período foi marcado pela euforia da libertação das relações de escravidão explícita e servidão e pela garantia das liberdades individuais, na fase inicial concebidas como liberdade de ir e vir e de contratar. Ao cidadão foi prometido o exercício de suas liberdades de forma plena, buscando a melhoria geral da qualidade de vida.

filosófico, que a esfera pública manifestasse interesse sobre a vida individual ou sobre a manutenção de condições mínimas de subsistência.

O modelo que assegurava a liberdade total e pressupunha a igualdade entre os cidadãos acabou sucumbindo, pois é evidente que os cidadãos não iguais entre si e que essa igualdade, dita formal, não passa de ficção. A abstenção do Estado da economia acabou por perpetuar a desigualdade já existente, garantindo que, salvo raras exceções, não houvesse alteração no panorama da dicotomia entre classe dominante e classe dominada.

A falência do Estado foi patente a partir do momento em que não pôde fomentar pacificação e desenvolvimento sociais, considerando o objetivo da resolução dos conflitos.

A superação do Estado Liberal e dos valores de liberdade e igualdade formal deu lugar à prevalência dos valores da igualdade material e fraternidade, ensejando uma reviravolta na organização estatal no que tange à busca do bem-estar coletivo.²

Na esfera dos Direitos Fundamentais, novas garantias somaram-se às estruturas iniciais, buscando garantir, além da liberdade, a ampliação e concretização da igualdade e, por fim, o desenvolvimento da solidariedade entre os indivíduos e entre as coletividades.

Assim, a igualdade, concebida originalmente do ponto de vista formal – tratamento legal idêntico a todos os cidadãos – passa ser observada sob o prisma da igualdade material, freio indispensável para a manutenção da sociedade baseada em outro valor da Revolução Francesa, que é a liberdade.

A partir da superação do conceito da igualdade formal e da busca por condições melhores de vida de todos os cidadãos, o Estado assumiu a posição de garante do mesmo direito de igualdade, que, porém, passou a ser visto por prisma distinto do adotado da Revolução Francesa.

O próprio processo passou a refletir as influências desses novos valores incorporados ao conceito de Estado, sofrendo alteração significativa em vários de seus dogmas. A noção dispositiva do processo, enquanto instrumento assegurado às partes para a composição do litígio, deu lugar à noção de processo como instrumento de pacificação social, visando não reconstruir no processo os mesmos elementos socioeconômicos típicos da sociedade capitalista, mas construir o processo a partir do conceito de igualdade material, como zona de exercício da cidadania.

A figura da igualdade material toma lugar preponderante e sua garantia não pode ser implementada senão através de práticas que restabeleçam as partes a condições de igualdade e

² Oportuno observar que a evolução a partir do Estado Liberal é bem mais complexa do que se pode examinar no presente momento. A apreciação desse contexto será oportunamente realizada.

liberdade na atuação no processo. O papel da legislação processual e do próprio juiz sofrem severas modificações, na medida em que o litigante em condições fáticas desfavoráveis passa a ser tratado de forma diferenciada.

A noção de hiposuficiência ganha ênfase e a promoção da igualdade é identificada na proliferação de legislação e doutrina que assegura o tratamento diferenciado das partes, na medida de suas desigualdades, como forma de assegurar a igualdade material no processo.

Até então o juiz exercia papel de isenção e de mero observador das partes³, que possuíam total liberdade na atuação processual, desde que observadas as regras do processo. Obedecendo a visão liberal, bastava ao processo e ao juiz assegurarem a liberdade de atuação das partes (devido processo legal – em termos de assessoramento profissional, exercício do direito de prova, do direito de petição, contraditório) para que o mote do processo fosse atingido.

Com o direito à igualdade assumindo sua verdadeira posição histórica (ao lado da liberdade e da fraternidade), a legislação e o juiz passaram a ocupar posição distinta na sociedade, sendo responsáveis, ativamente, pela promoção da justiça e paz sociais.

Ao lado de toda a doutrina processual até então consolidada, passam a ser aplicados princípios contidos na Constituição, que passa a ser encarada sob novas perspectivas⁴, quais sejam o reconhecimento de sua força normativa, inclusive em seus princípios e enunciados, abandonando a concepção de normas programáticas, e o desenvolvimento de nova hermenêutica constitucional, com a extração de princípios que envolvem todo o Direito nacional.

Do ponto de vista dos princípios aplicáveis ao processo em geral, o devido processo legal (*due process of law*) encontra-se na base da teoria, servindo como supedâneo para todos os demais princípios.

Com relação ao princípio da oralidade, há ponderar que ele desempenha função primordial no espectro argumentativo e discursivo das decisões judiciais e, modernamente, apresenta-se como instrumento útil para assegurar o direito fundamental à razoável duração

³ Ao juiz, na concepção liberal, incumbia estipular regras gerais sem considerar a condição pessoal dos litigantes, como forma da garantia da isenção e imparcialidade. A desigualdade econômica, intelectual e social não era elemento que interessasse ao processo.

⁴ A doutrina passa a desenvolver conceitos ligados ao denominado Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Sobre o tema, conferir BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

do processo. Para tanto, vincula-se intrinsecamente com os princípios da concentração, imediatidade, publicidade e identidade física do juiz.⁵

No Estado Democrático, considerando a garantia da influência do litigante na formação da decisão que disciplinará a relação jurídica controvertida, o debate é elemento central na humanização do processo, concretizando os Direitos Fundamentais e assegurando o contraditório participativo. O princípio da oralidade, por seu conteúdo, encontra-se, portanto, diretamente ligado com o exercício dos Direitos Fundamentais na esfera processual, mormente no contexto do Estado Democrático.

⁵ Conforme CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 61-67.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ESTADO

2.1 Precedentes Históricos

A principal qualidade que diferencia o homem dos demais seres vivos é sua capacidade de cognição. Desde os tempos remotos, o homem, utilizando essa qualidade, vem desenvolvendo a razão (ainda que inicialmente através de mecanismos psicológicos rudimentares) como meio de obter melhores condições de vida.

Streck e Bolzan caracterizam o homem sob três enfoques relevantes:

A - O homem é um *animal teleológico*, que cumpre ações e se serve de coisas úteis para obter seus objetivos, nem sempre declarados, e muitas vezes, inconscientes, não podendo a Ciência Política prescindir, desse modo, da presença da psicologia e da psicanálise;

B - O homem é um *animal simbólico*, que se comunica com seus semelhantes através de símbolos – dos quais o mais importante é a linguagem. O conhecimento da ação humana exige a decifração e a interpretação destes símbolos, cuja significação é quase sempre incerta, às vezes desconhecida, e apenas passível de ser reconstruída por conjeturas.

C - O homem é um *animal ideológico*, que utiliza valores vigentes no sistema cultural no qual está inserido, a fim de racionalizar seu comportamento, alegando motivações diferentes das reais, com o fim de justificar-se ou de obter o consenso dos demais; por isso, a importância que assume na pesquisa social e política a revelação daquilo que está escondido, assim como a análise e a crítica das ideologias.⁶

Essa concepção baseia-se no desenvolvimento do homem desde os períodos pré-históricos até a organização das sociedades e dos Estados.

Uma das faces dessa evolução humana é o reconhecimento da conveniência da vida, inicialmente em grupos e famílias e, por fim, em sociedade.

Marcos Benjamim Lago observa que

sob forma natural, não-institucionalizada, a família está presente em várias espécies de animais, especialmente entre os primatas, como os chimpanzés, gorilas, babuínos e outros.

Por analogia, já que o homem também pertence à ordem dos primatas, e segundo a observação das sociedades mais simples e comprovações arqueológicas podemos supor que a família preexistia ao ser humano. Ou seja, quando o homínídeo tornou-se plenamente humano, já vivia em grupos familiares.

[...]

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19-20. O mesmo autor refere, ainda, que “nas três categorias construídas por Lacan (real, imaginário e simbólico), simbolizar é dar sentido pela palavra; em Heidegger, a linguagem é a casa do ser; para Cornelius Castoriadis, tudo o que existe no mundo social-histórico está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico; não que tudo seja simbólico, mas nada existe fora de uma rede de relações simbólicas, nada existe fora do simbólico. Ibid., p. 20.

O surgimento das instituições de parentesco e, posteriormente, do casamento, está vinculado à própria origem da humanidade.

A transição se deu quando o homem introduziu a cultura em sua existência e, animal criador, passou a dar forma institucional à família, através da noção ampliada de parentesco, base da organização social das mais antigas sociedades.

Os primeiros grupos de humanos foram bandos ou hordas e sua forma mais elementar de estruturação baseava-se nos clãs, ou seja, famílias extensas colocadas, de longa data, sob o comando da autoridade patriarcal.^{7 8}

Mesmo considerando essa assertiva, o fato é que a noção de família, com seu sentido atual e institucional (sociológico), não poderia ser admitida dentre animais, nem mesmo dentre os primeiros grupos de homens. Engels pondera que a instituição dos sistemas de parentesco e matrimônio levaram à criação da família, em seu significado moderno. No estágio primitivo as relações sexuais eram caracterizadas pela promiscuidade tolerante, inclusive entre pais e filhos e entre pessoas de diferentes gerações, não havendo qualquer óbice à liberdade sexual, nem noção organizada de matrimônio ou descendência. A invenção do incesto é elemento crucial para o desenvolvimento da família.⁹

Luciana Marcassa observa, com base em Engels, que se pode

classificar, pioneiramente, os estágios pré-históricos de cultura, que são basicamente três: 1) Estado Selvagem: período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados, sendo as produções artificiais do homem destinadas a facilitar essa apropriação; 2) Barbárie: período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, com o início do incremento da produção, a partir da natureza, pelo trabalho humano; 3) Civilização: período que se inicia com a fundição do minério de ferro e a invenção da escrita alfabética, em que o homem amplia e complexifica a elaboração dos produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte.¹⁰

E prossegue:

aos três estágios pré-históricos de cultura correspondem, por sua vez, três modelos de família: na **Família Consangüínea**, que é expressão do primeiro progresso na constituição da família, na medida em que exclui os pais e os filhos de relações sexuais recíprocas, os grupos conjugais classificam-se por gerações, ou seja, irmãos e irmãs são, necessariamente, marido e mulher, revelando que a reprodução da família se dava através de relações carnais mútuas e endógenas. O segundo progresso corresponde à **Família Panaluaana**, da qual são excluídas as relações carnais entre irmãos e irmãs, criando a categoria dos sobrinhos e sobrinhas, primos e

⁷ LAGO, Benjamim Marcos. Curso de sociologia política. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 115.

⁸ Discorrendo sobre a sociedade e a correção dela com o modelo familiar, Aristóteles observa que “assim, naturalmente, a primeira sociedade constituída para prover as necessidades cotidianas é a família, formada por aqueles que Carondas chama de ‘parceiros de pão’ e que Epimêides de Creta denomina ‘parceiros de come’”. ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Ícone, 2007. p. 14.

⁹ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. São Paulo: Alfa-Omega, s/d. v. 3, p. 09.

¹⁰ MARCASSA, Luciana. Friedrich Engels. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. *Revista de Educação*, São Paulo, 9, out. 2006. Disponível em: <<http://www.sare.unianhanguera.edu.br/index.php/reduc/article/view/202/200>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

primas, manifestando-se como um tipo de matrimônio por grupos em comunidades comunistas. É a partir deste modelo de família que são instituídas as gens, ou seja, um círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina, que não se podem casar uns com os outros, consolidando-se por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras gens da mesma tribo. Com a ampliação das proibições em relação ao casamento, tornam-se cada vez mais impossíveis as uniões por grupos, que foram substituídas pela **Família Sindiásmica**, com a qual já se observa o matrimônio por pares, embora a poligamia e a infidelidade permaneçam como um direito dos homens. Das mulheres exige-se agora rigorosa fidelidade, sendo o adultério cruelmente castigado. Entretanto, ainda se considera a linhagem feminina, o que garante o direito materno em caso de dissolução do vínculo conjugal. De acordo com Engels, a família sindiásmica é o estágio evolutivo que permitirá o desenvolvimento da **Família Monogâmica**.¹¹

A doutrina aponta essa formação familiar¹² como base remota para o desenvolvimento do Estado, através de estágios contínuos de aglutinação de pessoas de forma organizada.

Oportuno observar que esse viver em grupos ou em sociedade apresenta características distintas das adotadas pelos animais, pois, além do já exposto, nesse último caso a conduta de seus membros decorre de ato instintivo, enquanto no primeiro decorre da franca deliberação no sentido de conviver com seus semelhantes¹³.

Elemento relevante quanto à questão do desenvolvimento da sociedade e do Estado é a transição entre os períodos históricos do neolítico e paleolítico. No primeiro caso, em face da prevalência dos períodos glaciais, o homem era nômade caçador/coletor, ocupando pequenas porções da África e da Ásia. Quando o alimento acabava, mudava-se para outra região. No segundo, em função do fim dos períodos glaciais e da possibilidade do cultivo de terras, domesticação de animais e do desenvolvimento da agricultura, o homem tornou-se sedentário, viabilizando a formação de aldeias.¹⁴

Desde esses modelos rudimentares de organização social o homem descobriu as vantagens da cooperação e divisão de tarefas entre os membros do grupo, viabilizando, por exemplo, a caça de animais de grande porte ou a construção de abrigos mais rapidamente.

¹¹ MARCASSA, Luciana. Friedrich Engels. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. *Revista de Educação*, São Paulo, 9, out. 2006. Disponível em: <<http://www.sare.unianhanguera.edu.br/index.php/reduc/article/view/202/200>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

¹² “A expressão ‘família’ foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sob todos eles. O primeiro efeito do poder exclusivo dos homens no interior da família, já entre os povos civilizados, é o patriarcado, uma forma de família que assinala a passagem do matrimônio sindiásmico à monogamia. Já a família monogâmica, que nasce no período de transição entre a fase média e superior da barbárie, é expressão da “grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo” (p.48) e coincide com o triunfo da civilização nascente. Ibid.

¹³ Não obstante o instinto também concorra para a formação da vontade do homem.

¹⁴ PINTO, Cristiano da Paixão Araújo. Direito e sociedades no oriente antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19.

A partir do período neolítico há a transição destes modelos arcaicos de organização social para as primeiras civilizações da antiguidade. Cristiano Pinto observa que essa transição baseia-se em três fatores históricos: surgimento das cidades, na Mesopotâmia (entre 3100-2900 a.C.), apontando o processo de destrabalização no início do Século IV a.C.; a invenção da escrita, cujas primeiras manifestações – cuneiforme – ocorreram na Mesopotâmica (aproximadamente 3100 a.C.); e o advento do comércio e, posteriormente, da moeda.¹⁵

A organização dos fatores de produção, a estabilização das cidades e a divisão e especialização do trabalho acabou gerando excedentes de produção e impulsionando o comércio. A utilização da moeda também se tornou necessidade decorrente dessa realidade, como forma de superar o escambo.

Esses excedentes passaram a ser apropriados individualmente, realidade que se afasta do modelo comunista primitivo inerente às aldeias (onde o resultado da produção era dividido igualmente entre todos os integrantes do grupo). A partir daí, com a privatização das terras e surgiu a divisão dos homens entre ricos e pobres.

Esse contexto de organização social, com as inovações decorrentes da fixação do homem em cidades

representou a derrocada de uma sociedade fechada, organizada em tribos ou clãs, com pouca diferenciação de papéis sociais e fortemente influenciada, no plano das mentalidades, por aspectos místicos ou religiosos. Há, nestas sociedades arcaicas, um direito ainda incipiente, bastante concreto, cognoscível apenas pelo costume e que se confunde com a própria religião.¹⁶

As inovações que caracterizam esse período impuseram complexidade social nunca experimentada, ensejando o desenvolvimento de novos meios para manter o funcionamento da sociedade, especialmente o Direito¹⁷.

¹⁵ PINTO, Cristiano da Paixão Araújo. Direito e sociedades no oriente antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 20.

¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷ Certamente a pesquisa dos sistemas legais das populações sem escrita não se reduz meramente à explicação dos primórdios históricos do direito, mas evidencia, sobretudo, um enorme interesse em curso, porquanto milhares de homens vivem ainda atualmente, na segunda metade do século XX, de acordo com direitos a que chamamos “arcaicos” ou “primitivos”. As civilizações mais arcaicas continuam a ser as dos aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos povos da Papuásia ou de Bornéu, de certos povos índios da Amazônia no Brasil. [...]

A dificuldade de se impor uma causa primeira e única para explicar as origens do direito arcaico deve-se em muito ao amplo quadro de hipóteses possíveis e proposições explicativas distintas. O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de consangüinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições. WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades

Outrossim, Wolkmer leciona que

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Consta-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social. Certamente que cada povo e cada organização social dispõe de um sistema jurídico que traduz a especialidade de um grau de evolução e complexidade. Falar, portanto, de um direito arcaico ou primitivo implica ter presente não só uma diferenciação da pré-história e da história do direito, como, sobretudo, nos horizontes de diversas civilizações, precisar o surgimento dos primeiros textos jurídicos com o aparecimento da escrita.¹⁸

Assim, vê-se a instituição das primeiras normas destinadas a reger a conduta dos indivíduos vivendo em sociedade.

2.2 O Direito, seu Papel Social e sua Concretização

O acolhimento do Direito como forma de organizar e condicionar a conduta dos indivíduos acabou criando estruturas destinadas a que os integrantes da sociedade atuassem espontaneamente atendendo aos requisitos mínimos para a vida comum, buscando o respeito ao indivíduo em termos de integridade física, honra, propriedade e a família.

Darci Guimarães observa que

para compreender melhor o direito, deve-se partir do princípio. E o que se pode entender por princípio, tratando-se de direito? Certamente que não é definindo-o, pois para isso já existem muitos estudos. A questão deve se delinear sobre a forma de conceber-se o direito, e dizer, como surge o direito? Com toda a certeza se pode afirmar que o direito não se encontra na natureza, pois não é nem sólido, nem líquido, nem gasoso, nem tampouco apresenta estrutura molecular, nem atômica, nem celular, não pertence nem ao reino animal, nem ao mineral, nem tampouco ao vegetal. Então, o que é o direito? O direito é um produto criado pelo homem e para o

primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 17-18.

“Podemos, de fato, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um “terceiro” (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (A aplicação de tal sanção é confiada, num primeiro momento, à parte adversária e, em um desenvolvimento posterior, ao próprio Estado.) Falamos, então, de direito quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um “precedente”, isto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida.” Nesse sentido BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27-28.

¹⁸ WOLKMER, op. cit., p. 16.

homem, está diretamente vinculado a ele, pois como já disse Protágoras, ‘El hombre es la medida de todas las cosas’.¹⁹

A origem do Direito remonta à formação dos primeiros grupos humanos, manifestado inicialmente sob a forma dos costumes,²⁰ especialmente com foco na noção de justiça, e passou a adquirir tratamento científico no Estado romano.

Parece possível datar aproximadamente o momento dessa invenção por volta da época ciceroniana, enquanto o Estado romano era ainda uma República. Acontece que Cícero nos traz um testemunho disso.

De oratore, I, 188 e ss. – A obra de Cícero versa aqui sobre a formação e os conhecimentos jurídicos requeridos de um bom orador; os discursos eram, em sua maioria, judiciários.

A esse respeito, diz Cícero, uma novidade importante está surgindo. Por muito tempo, não existira em Roma nenhum ensino teórico do direito. Os advogados se formavam no direito por uma espécie de método clínico, como um estudante de medicina observa doentes no leito de forma que faça seu molde. Eles deviam gastar seu tempo seguindo desordenadamente os processos. Mas, diante dos olhos de Cícero ou – pouco me importa – algumas décadas antes de Cícero (em seu Diálogo ele faz falarem personagens de uma geração anterior), aparece a primeira linhagem dos grandes juriconsultos romanos, os *veteres*: Quinto Múcio Scevola, Sêrvio Sulpício, amigos de Cícero ou de sua família, autores de tratados gerais da ciência do *jus civile*. Empreenderam conferir ao direito a forma de uma ‘arte’ organizada.²¹

Veja-se que a origem do Direito coincide com a noção de justiça²², mas ao longo da

¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17. Sobre a questão consultar RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela

²⁰ É neste sentido que a lei primitiva da propriedade e das sucessões teve em grande parte sua origem na família e nos procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos. Ninguém melhor que Fustel de Coulanges para escrever que o direito antigo não é resultante de uma única pessoa, pois se impôs a qualquer tipo de legislador. Nasceu espontânea e inteiramente nos antigos princípios que constituíram a família, derivando das crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades.

Posteriormente, num tempo em que inexistiam legislações escritas, códigos formais, as práticas primárias de controle são transmitidas oralmente, marcadas por revelações sagradas e divinas. Distintivamente da ênfase atribuída à família feita por Fustel de Coulanges, H. Summer Maine entende que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado. WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 18.

²¹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 31.

²² A definição do conteúdo do conceito de justiça não é objeto do presente estudo. Sobre a questão, consultar HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

história isso nem sempre se concretizou.

Tanto na Grécia quanto para os romanos, a idéia do direito é solidária ao de *justiça*. A própria linguagem o prova. O *Corpus J uris Civilis* enfatizar  esse vínculo: *jus*, derivado de *justicia* (*jus a justitia appellatum*), será notado já nas primeiras linhas do D gesto. Pelo menos as duas palavras são aparentadas.^{23 24}

Os gregos já haviam constatado que nem todo o direito   justo, conforme o conflito retratado por Sófocles em *Antígona*. Na obra, a filha de Édipo, Antígona, nega-se a cumprir ordem imposta pelo rei e seu tio Creonte, por a entender injusta. A dicotomia entre o direito imposto pelos deuses e o direito imposto pelo homem fica patente, com a prevalência do primeiro sobre o último, no caso citado.²⁵

A partir de Bodin, Maquiavel e Locke   que o Direito assume papel universal da regência da vida em sociedade, aplicando-se inclusive aos soberanos²⁶. Até então, o soberano não era submetido ao direito e a nova concep o baseava-se na prevalência do governo das leis sobre o governo dos homens, retomando a idéia defendida por Platão.

Desde a antiguidade o problema da rela o entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: ‘  melhor o governo das leis ou o governo dos homens?’ Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, diz: ‘onde a lei   s dita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei   senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salva o da cidade e a acumula o nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades’ [Leis, 715 f]. Aristóteles, iniciando o discurso sobre as diversas constitui es monárquicas, põe-se o problema de saber se   ‘mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores’ [1286a, 9]. A favor da segunda extremidade enuncia uma máxima destinada a ter larga aceita o: ‘A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana’ [ib., 20]. A supremacia da lei com respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante (o governador plat nico, que salva os companheiros nos piores momentos, ‘não escreve leis escritas, mas fornece como lei a sua arte’

²³ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35.

²⁴ “O direito (to d kaion) será, portanto, ‘o objeto da justiça’ – escreve Santo Tomás, excelente intérprete do texto de Aristóteles -, a finalidade perseguida;  , diz mos nós, a ordem, a harmonia,   qual tende a atividade do homem ‘justo’.” Ibid., p. 40.

²⁵ Creonte havia determinado que o corpo do irmão de Antígona (Pol nice) não recebesse ritual fúnebre e permanecesse exposto às aves carniceiras, o que, segundo a cultura romana traduzia na impossibilidade de ingresso na terra dos mortos, pois mais importante do que a própria morte era a honra da sepultura.

“CREONTE – [...] tiveste a ousadia de desobedecer a essa determina o?

ANTÍGONA – Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça [*Dik *], a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclama o tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas [*Th mis*], nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como os que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a puni o dos deuses!” SÓFOCLES, *Édipo Rei/Antígona*. Tradu o de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 96. (Cole o obra prima de cada autor, v. 99).

²⁶ Jairo Bisol refere, oportunamente, que “os conteúdos e valores contidos na forma de uma norma jurídica são inquestionáveis, não pelo que eles significam  tica ou politicamente, mas somente porque são conteúdo de uma norma jurídica”. BISOL, Jairo. Dogma e dogmatismo. In: O DIREITO achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990. p. 19.

[Político, 297a]) repousa em sua generalidade e em sua constância, no fato de não estar submetida à mudança das paixões: este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao topos não menos clássico da lei identificada com a voz da razão. Um dos eixos da doutrina política medieval é a subordinação do príncipe à lei, segundo o princípio enunciado de forma aforística por Bracton: ‘Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, guia lex facit regem’ [De legibus et consuetudinibus Angliae, I, 8, 5]. Na tradição jurídica inglesa o princípio da subordinação do rei à lei conduz à doutrina do rule of law, ou governo da lei, fundamento do Estado de direito entendido, na sua acepção mais restrita, como Estado cujos poderes são exercidos no âmbito de leis preestabelecidas. Para São Tomás, o regímen politicum distingue-se do regímen regale pelo fato de que enquanto este último caracteriza-se pela plenária potestas do governante, o primeiro tem lugar ‘quando ille qui praeest habet potestatem coarctatam secundum aliquas leges civitatis’ [In ócio Ubros Pollticorum Aristotelis expositio, I, 13].²⁷

O próprio Montesquieu acaba por retomar a lição de Locke quando desenvolve a teoria da tripartição dos poderes, cuja eficácia depende diretamente da admissão da lei como instrumento de regulação da vida em sociedade.

A criação do Direito²⁸ foi imperativa em face da necessidade da fixação das regras de conduta e a dupla função do ordenamento jurídico: função psicológica e função judicial²⁹.

A função psicológica refere-se à orientação generalizada, direcionada à sociedade, para que cumpram voluntariamente suas obrigações, hierarquizadas através do ordenamento jurídico. Bobbio observa, com base nas idéias de Hobbes, que “a condição preliminar para obter a paz é o acordo de todos para sair do estado de natureza³⁰ e para instituir uma situação tal que permita a cada um seguir os ditames da razão, com a segurança de que outros farão o mesmo”.³¹

A segunda função, chamada por Darci Ribeiro de judicial³², traduz-se na hierarquização de interesses que o ordenamento impõe e orienta o juiz na aplicação dos valores que a própria sociedade estabeleceu.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 96.

²⁸ Aqui está claramente atestada a verdade histórica de que a ciência do direito é invenção da Roma clássica. Mais uma vez, nada de análogo nos Impérios orientais, no mundo bíblico do Antigo Testamento, nas Índias ou na China. A esse grupo de juristas romanos cabe a descoberta da “arte” do direito; destinada a conhecer um vasto desenvolvimento no curso da história romana (os três primeiros séculos do Império); conservada pelo Baixo Império; que mais tarde a Europa deveria reproduzir e espalhar pelo globo; cujo fruto, por um efeito do declínio dos estudos de história, corre o risco de ser perdido. *Ibid.*, p. 31.

²⁹ Sobre a questão conferir RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

³⁰ Michel Villey observa que não há a menor dúvida de que a expressão “estado de natureza” foi copiada por Hobbes do vocabulário da teologia; enriquece-a de referências ao antigo mito greco-romano da idade de ouro, sobretudo à famosa pintura feita por Lucrécio da vida primitiva dos homens. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 145.

³¹ BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro, Campus, 1991. p. 40.

³² RIBEIRO, op. cit., p. 34.

Neves, contudo, observa que

se a função prescritiva e reguladora do direito se caracteriza por uma intenção directamente orientadora e promotora da acção social, ou antes, por uma intenção directamente voltada para a resolução de conflitos sociais e, portanto, só indirectamente actuando como critério de conduta. Neste último caso, pode dizer-se que o direito é visto essencialmente na perspectiva do ‘processo’.^{33 34}

Não há dúvida que o modelo do Estado moderno (sobretudo a partir da Revolução Francesa) e a necessidade do Direito prevaleceu sobre todo o arcabouço teórico inerente à Idade Média e o modelo estatal feudal.

A expressão Estado moderno, ora adotada, referir-se-á ao modelo implementado a partir do declínio do feudalismo, considerando o Estado moderno caracterizado pelo território, povo, como elementos materiais e o governo, o poder, a autoridade ou o soberano como elementos formais, com arrimo na lição de Streck.³⁵

Modernamente a estrutura estatal-social é concebida com base nos seguintes aspectos:

³³ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1976. p. 16.

³⁴ Castanheira Neves observa, ainda, que a primeira função do ordenamento jurídico é primária e prescritiva, quando o direito é visto “não só como ‘princípio de acção’, mas ainda como ‘critério de sanção’”. É princípio ou critério de acção, porque é fundamento, norma ou critério da nossa conduta, e isto na medida em que, quer impondo os sentidos e as intenções de um comportamento social válido ou legítimo, quer ajuizando sobre esse comportamento em termos de justiça ou injustiça, de validade ou invalidade, de licitude ou ilicitude, é decerto condição e determinante da nossa acção social, a qual justamente julga (avalia) e se propõe orientar no sentido da realização dos valores ou validade que pressupõe e fundamentam as suas intenções normativas. *Ibid.*, p. 15. Quanto à sanção, Wolkmer, referindo-se ao período do direito não-escrito, observa que:

Neste aspecto, nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais. A sanção assume um carácter tanto repressivo quanto restritivo, na medida em que é aplicado um castigo ao responsável pelo dano e uma reparação à pessoa injuriada. Para além do formalismo e do ritualismo, o direito arcaico manifesta-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de fórmulas, através dos atos simbólicos, das palavras sagradas, dos gestos solenes e da força dos rituais desejados. WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 18.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39. Oportuna a observação de Streck: “quando se fala de Estado Moderno, questiona-se se houve uma continuidade ou uma descontinuidade. *Afinal, Estado Moderno por quê? Houve, então, um Estado Antigo?* Mas, se, como diz Luciano Gruppi, *tudo começou com Maquiavel*, não deveríamos chamar o Estado dito moderno, simplesmente, de ‘o Estado’? Para ele, o Estado Moderno – o Estado unitário dotado de um poder próprio independente de quaisquer outros poderes – começa a nascer na segunda metade do séc. XV na França, Inglaterra e na Espanha; posteriormente, alastra-se por outros países europeus, entre os quais a Itália. Por conseguinte, diz Gruppi que, desde seu nascimento, o Estado Moderno apresenta dois elementos que diferem dos Estados do passado, que não existiam, por exemplo, nos Estados antigos dos gregos e dos romanos. A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permita que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o Estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. *Ibid.*, p. 40.

Dogma da *soberania* dos poderes públicos, supostamente oriundos do contrato, do consentimento democrático dos sujeitados.

Positivismo jurídico. No estado civil o soberano fará a ordem, o direito, por suas *leis*; as leis civis têm a vantagem de ser seguidas de *sanções*. O direito se identifica às leis, mandamentos, regras de conduta ditadas pelo Estado e por ele acompanhadas de coerção. Hobbes tomou o cuidado de negar-lhe expressamente qualquer outra fonte. Ele traduz (e por certo erradamente) o termo inglês *Law*, que significa direito objetivo, pela palavra latina *lex*. Até o direito romano, do qual vimos que não era constituído de leis, será denominado *Roman Law*.

Sistema dos *direitos subjetivos*. Pois, para aumentar a riqueza e a força de seu reino, ocorrerá que o soberano redistribua a seus súditos parcelas de *liberdades*, dessa vez limitadas no espaço, de sorte que eles possam coexistir – *propriedades*. Para que progrida a economia, ele dará força às promessas dos particulares. Contratos consensuais. Sabemos que Hobbes não conhece outros. Autonomia da vontade nas relações comerciais.

Em suma, os particulares calcularam racionalmente ao criar o Estado. Nele ganharam as condições da prosperidade, da aquisição de direitos subjetivos dessa vez substanciais, eficazes, protegidos pela espada do príncipe.

Isso não impede que esses direitos subjetivos continuem não oponíveis ao Estado. Com relação ao soberano, os súditos estão desarmados, abdicaram de qualquer direito de resistência. Era isso que se precisava demonstrar, uma vez que Hobbes servia a causa dos Stuarts e tinha idéias esquisitas. O todo-poderio do rei se estende a todos os campos, até aos assuntos religiosos, à definição do dogma (pela qual será dado um fim às discussões dos teólogos), à educação que ele controlará. De outro modo não podem ser evitadas as guerras civis e a miséria.

São justificados o poder absoluto do príncipe, cumpra dizer mais, se bem que no tempo de Hobbes ainda não se pudesse imaginar Hitler e Stálin, os regimes totalitários. Eis o *segundo fruto do 'direito do homem'*. (A lógica de Hobbes continua irrepreensível).³⁶

Inaugura-se, assim a fase chamada positivismo, locução adotada em oposição ao direito natural³⁷, expressando que o Direito é composto pelos textos legais positivados.³⁸ Abrange a concepção de que o Estado é o único legitimado à produção normativa, caso em que o Direito corresponde a comandos independente de seu conteúdo e seus fins. Pressupunha que a lei pudesse contemplar todos os casos da vida e que, diante da completude do ordenamento jurídico, restaria alcançado o ideal de certeza na aplicação da norma e da obrigatoriedade de certos comportamentos humanos.

Essa concepção atende plenamente ao positivismo, concebendo o ordenamento jurídico como estrutura fechada, lógica e hierarquizada, conforme a teoria de Hans Kelsen.³⁹

Com base na lição de Bobbio, é possível identificar que a idéia de Montesquieu liga

³⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 149.

³⁷ Segundo Bobbio, a distinção entre direito natural e direito positivo já se encontrava em Platão e Aristóteles. “Esse último inicia deste modo o capítulo VII do livro V de sua *Ética a Nicômaco*: Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 16.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

³⁹ Kelsen organizou o ordenamento jurídico através de linguagem rígida e de estruturas lógicas devidamente ordenadas, de modo a assegurar sua coerência interna, fundamentada na Constituição. Ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

a liberdade política à certeza do Direito. A segurança individual encontra-se no fato de que o mesmo caso seria regido da mesma forma pelo Direito, posto que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Assim, conforme Montesquieu, o juiz seria definido como *la bouche de la loi*, pois os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.⁴⁰

Calcado na estrita divisão dos poderes estatais, o positivismo assegura ao intérprete a função de captar a intenção do legislador, único autorizado a dispor sobre o conteúdo legal. Direito e lei escrita passam a ser identificados ontologicamente e a função do juiz não passa de mero externalizador e agente materializador da lei.

Esse modelo atende especialmente à classe dominante decorrente da Revolução Francesa, desconfiada com o uso que os juízes, oriundos do regime feudal, poderiam fazer dos poderes a eles confiados. Limitando sua atuação ao comando da lei, sua mobilidade ficava previamente fixada pelo legislador.

Neste aspecto, Bobbio, leciona que a origem do positivismo (ou juspositivismo, em oposição ao jusnaturalismo) é conexas à formação do Estado moderno, com a dissolução da sociedade medieval. O modelo medieval era marcado pela pluralidade de legitimados à produção jurídica (sociedade civil) e pela pluralidade de agrupamentos sociais. Com o desenvolvimento do Estado moderno, houve unificação dos agrupamentos sociais sob o mesmo território e centralização do poder, abrangendo a criação legislativa⁴¹. O Estado “não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.”⁴²

A tripartição formal dos poderes do Estado acabou por limitar a atuação dos juízes, a quem incumbia tão-somente fazer cumprir a lei, cujo teor era exclusivamente definido pelo legislador.

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160.

⁴¹ “Se definimos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava de direito natural e de direito positivo, enquanto agora se fala apenas em direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas e aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.

⁴² *Ibid.*, p. 27.

Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critério equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador. Prossegue, de fato, Montesquieu: ‘se os juízos fossem veículo das opiniões particulares dos juizes viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir’. A subordinação dos juizes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei”.⁴³

Essa noção faz parte dos ordenamentos jurídicos atuais, mas não sob os fundamentos do positivismo. Merryman refere que

É reconhecido que as pessoas, na medida do possível, deveriam conhecer a natureza dos seus direitos e obrigações, bem como ser capazes de planejar suas ações com algum grau de confiança sobre as conseqüências legais do ato; mas também é amplamente reconhecido que há limites em relação à medida que a certeza é possível.⁴⁴

Ainda quanto à noção juspositivista, há ponderar que

Desde a obra dos famosos ‘legalistas’ de Filipe o Belo, uma educação, infelizmente muito latina, ter-nos-ia infundido o culto das leis, sinônimo de direito. Não será o mesmo vício que a literatura progressista cristã denuncia? Constantino seria o responsável por ter feito da Igreja uma “instituição” legalista. Onde deviam reinar o Espírito e a livre pesquisa em matéria de teologia e moral, injetado o “juridismo romano”.⁴⁵

Bisol, oportunamente observa, quanto à questão, que

A concepção clássica da lei dá lugar a um formalismo normativista que não se preocupa com o conteúdo das normas, mas apenas com a sua forma técnico-jurídica. Em outras palavras, a ciência jurídica moderna se abstrai dos conteúdos e da análise valorativa das normas para recuperar a estrutura dogmática do Direito na sua pura forma. Esta é a gênese do processo de laicização do discurso jurídico e é a origem histórica da afirmação de cientificidade do Direito.⁴⁶

Esse distanciamento entre Direito e justiça, acabou deslocando o foco do primeiro para a lei, com efeitos nocivos à sociedade, pois, afinal de contas, a lei pode ser livremente

⁴³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 40.

⁴⁴ “Embora o ideal da certeza tenha sido utilizado para uma variedade de propósitos, sua aplicação mais importante é o reflexo da desconfiança em relação aos juizes. É no interesse da certeza que os juizes são proibidos de produzir o direito. A legislação deve ser clara, completa e coerente no interesse da certeza. O processo de interpretação e aplicação do direito deveria ser tão automático quanto possível, novamente no interesse da certeza. Nesse sentido, a ênfase na certeza é uma expressão do desejo de tornar a lei ‘à-prova-de-juiz’”. MERRYMAN, J. H. *A tradução da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 81.

⁴⁵ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 53.

⁴⁶ BISOL, Jairo. Dogma e dogmatismo. In: O DIREITO achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990. p. 19.

criada pelo titular do poder para tanto. Historicamente esse poder nem sempre foi utilizado para o desenvolvimento do ser humano, como fazem prova os regimes fascistas e nazistas, implementados em perfeita consonância com o Direito.

2.3 Origem e Desenvolvimento do Estado

A partir do desenvolvimento da agricultura e da possibilidade de cultivo das terras, o homem acabou instalando-se em áreas delimitadas, ensejando o desenvolvimento das cidades, do comércio e o surgimento da moeda.

A criação do Estado foi resultante da conjunção desses vários fatores, sendo objeto de várias teorias, remontando, quanto aos pressupostos para seu desenvolvimento, ao surgimento das primeiras comunidades, consideradas como conjuntos de pessoas organizadas e com interdependência entre seus indivíduos. Essas teorias envolvem fundamentos familiares, patrimoniais, divinos e da força, dentre os argumentos comumente verificados na doutrina. Buscam explicar a formação do Estado a partir de um casal originário (com fundo religioso, dividido nas correntes patriarcal e matriarcal⁴⁷), passando pela reunião das profissões econômicas e vontade de Deus, até a organização política resultante do poder de dominação.⁴⁸

De qualquer modo, inegável que o Estado foi criado pelo ser humano, em seu próprio interesse, como forma de constituir unidade social, política e econômica capaz de contemplar os anseios dos indivíduos que integram essa entidade e de, dentre outras funções, protegê-los contra a violência.⁴⁹

⁴⁷ As teorias familiares são facilmente admitidas como origem da sociedade, mas não o são como origem do Estado. As próprias cidades-estado gregas possuíam em sua origem as famílias, mas de fato eram compostas por estrutura muito mais complexa do que a unidade básica – famílias, clans, gens, fratria, tribu e cidade.

⁴⁸ Jellinek divide em cinco tipos as espécies de teorias que justificam a origem do Estado: teoria teológica, teoria da força, teoria jurídica, teoria ética e teoria psicológica. Sobre o assunto ver JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios Urruti. México, D.F: Cia Editorial Continental, s.d. p. 496-497. Streck observa que [...] “além da perspectiva contratualista – mais em voga – poderiam ser mencionadas outras vertentes de explicação da origem do Estado e do poder político que não esse “consenso contratualista”, tais como a de Augusto Comte (a origem estaria na força do número ou da riqueza), a de algumas correntes psicanalíticas (a origem do Estado estaria na morte, por homicídio, do irmão ou no complexo de Édipo), a de Gumplowicz (o Estado teria surgido do domínio de hordas nômades violentas sobre populações orientadas para a agricultura)”. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

⁴⁹ Veja-se que Aristóteles apresenta outra proposição para a formação do Estado, concebendo que o indivíduo tem a vocação para viver em sociedade. “Assim é evidente que a cidade faz parte das coisas da natureza e que o homem é naturalmente um animal político destinado a viver em sociedade. Aquele que por instinto – e não porque qualquer circunstância o inibe – deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser desprezível ou superior ao homem.” ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo. Ícone: 2007. p. 16. Nesse ponto Aristóteles distancia-se da teoria defendida por Hobbes, ponderando que o estado natural do homem é a associação, pois “a natureza compele todos os homens a se associarem. Aquele que primeiro estabeleceu isso fez o maior bem, pois o homem perfeito é o mais excelente de todos os animais, é também o pior quando vive isolado, sem leis.” *Ibid.*, p. 16.

A visão instrumental do Estado na tradição contratualista aponta para a instituição estatal como criação artificial dos homens, apresentando-o como um ‘instrumento’ da vontade racional dos indivíduos que o ‘inventam’, sempre buscando o atingimento de determinados fins que marcam ou identificam as condicionantes de sua criação.⁵⁰

Outrossim,

para John Locke, a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, mediada por este Contrato Social, far-se-á para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais, dos indivíduos, presentes no Estado de Natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano. Assim, o conteúdo do Contrato Social será constituído pelo conjunto de direitos naturais presentes no Estado de Natureza, os quais irão traçar os limites do poder do soberano no Estado Civil.⁵¹

Por outro lado,

Cabia ‘a cada homem’, segundo o sistema de Hobbes, apenas um *único direito* natural: liberdade total e ilimitada para cada qual agir ‘segundo seu próprio juízo’ – direito de fazer *tudo* que se deduz da ausência de uma lei comum no estado de natureza. Mas impraticável e precário. A guerra perpétua é seu resultado, depois disso o homem se vê conduzido por sua Razão a se destituir de seu direito natural em prol do príncipe. Afinal de contas, o absolutismo.⁵²

Daí em diante, toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis. É o *positivismo jurídico*, filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos juristas e que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca da justiça.⁵³

Do ponto de vista dos estágios de evolução do Estado, até o modelo dito moderno, Streck e Bolzan relatam a existência de formas estatais “pré-modernas”, que podem ser organizadas em quatro categorias:

Oriental ou Teocrático – é uma forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em conseqüência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Características Fundamentais: a) a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções; b) a religiosidade, onde a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado/divindade;

Pólis Grega: caracterizada como: a) cidades – Estado, ou seja, a *polis* como sociedade política de maior expressão, visando ao ideal da autosuficiência; b) uma elite (classe política) com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos. Nas relações de caráter privado, a autonomia da vontade individual é restrita.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

⁵¹ *Ibid.*, p. 34.

⁵² VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 153.

⁵³ *Ibid.*, p. 3.

Civitas Romana, que se apresentava assentado em: a) base familiar de organização; b) a noção de povo era restrita, compreendendo faixa estreita da população; c) magistrados como governantes superiores.

Outras formas estatais da antiguidade, que tinham as seguintes características: a) não eram Estados nacionais, ou seja, o povo não estava ainda ligado por tradições, lembranças, costumes, língua e cultura, mas por produtos de guerras e conquistas; b) modelo social baseado na separação rígida das classes e no sistema de castas; c) governos marcados pela autocracia ou por monarquias despóticas e o caráter autoritário e teocrático do poder político; d) sistema econômico (produção rural e mercantil) baseado na escravidão; e) profunda influência religiosa.⁵⁴

O modelo estatal medieval⁵⁵, sem dúvida, é o mais relevante, pois proporcionou o desenvolvimento do Estado moderno com base nas deficiências que o modelo adotado até então apresentava.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23. Sobre essa questão, Bobbio ressalta que “o problema do nome “Estado” não seria tão importante se a introdução do novo termo nos primórdios da idade moderna não tivesse sido uma ocasião para sustentar que ele não correspondia apenas a uma exigência de clareza lexical mas ia ao encontro da necessidade de encontrar um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes. É de fato opinião difusa, sustentada criteriosamente por historiadores, juristas e escritores políticos, que com Maquiavel não começa apenas a fortuna de uma palavra mas a reflexão sobre uma realidade desconhecida pelos escritores antigos, da qual a palavra nova é um indicador, tanto que seria oportuno falar de “Estado” unicamente para as formações políticas nascidas da crise da sociedade medieval, e não para os ordenamentos precedentes. Em outras palavras, o termo “Estado” deveria ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes daquele ordenamento que de fato foi chamado pela primeira vez de “Estado”: o nome novo nada mais seria do que o sinal de uma coisa nova. O debate freqüentemente assumiu a forma de uma resposta a perguntas do seguinte gênero: “Existiu uma sociedade política passível de ser chamada “Estado” antes dos grandes Estados territoriais com os quais se faz começar a história do Estado moderno?”

Sejam quais forem os argumentos pró ou contra a continuidade de uma organização política da sociedade, a questão de saber se o Estado sempre existiu ou se se pode falar de Estado apenas a partir de uma certa época é uma questão cuja solução depende unicamente da definição de Estado da qual se parta: se de uma definição mais ampla ou mais estreita. A escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade. Sabe-se que quanto mais numerosas são as conotações de um conceito tanto mais se restringe o campo por ele denotado, isto é, a sua extensão. Quem considera como elemento constitutivo do conceito de Estado também um certo aparato administrativo e o cumprimento de certas funções que apenas o Estado moderno desempenha, deverá necessariamente sustentar que a polis grega não é um Estado, que a sociedade feudal não tinha um Estado etc. O problema real que deve preocupar todos os que têm interesse em compreender o fenômeno do ordenamento político não é portanto o de saber se o Estado existe apenas a partir da idade moderna, mas sim o de saber se existem analogias e diferenças entre o assim chamado Estado moderno e os ordenamentos políticos precedentes, se devem ser postas em evidência mais umas do que outras, qualquer que seja o nome que se queira dar aos diversos ordenamentos. Quem considera que se pode falar de Estado apenas a propósito dos ordenamentos políticos de que trataram Bodin ou Hobbes ou Hegel, comporta-se deste modo porque vê mais a descontinuidade do que a continuidade, mais as diferenças do que as analogias. Quem fala indiferentemente de Estado para se referir tanto ao Estado de Bodin como à polis grega, vê mais as analogias do que as diferenças, mais a continuidade do que a descontinuidade. Posto o problema nestes termos, trata-se de ir além da questão lexical para isolar e descrever as modificações que ocorreram na passagem de uma forma de ordenamento a outra, aquilo que permaneceu e aquilo que mudou, os elementos de descontinuidade e também os elementos de continuidade, sem se deixar ofuscar pelo aparecimento de um nome novo. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 67-69.

⁵⁵ Streck e Bolzan relatam que uma das características marcantes da forma estatal Estado medieval a existência de um sistema jurídico consuetudinário embasado em regalias nobiliárquicas. STRECK, op. cit., p. 24.

Segundo Streck, as características mais marcantes da forma estatal medieval⁵⁶ foram a permanente instabilidade política, econômica e social; a distinção e choque entre poder espiritual e poder temporal; a fragmentação do poder, mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações; sistema jurídico consuetudinário e as relações de dependência pessoal, hierarquia e privilégios.⁵⁷

Desde o contexto medieval, a segurança dos indivíduos que compõem o corpo social foi uma preocupação da maior relevância, considerando, naquela época, as constantes invasões e a necessidade de proteção dos servos e das terras pelo senhor feudal. A função social da propriedade impunha a defesa dos servos pelo senhor de terras.

No modelo de Estado Civil (absolutista), o Estado e o Direito são ditados conforme os interesses do soberano, o qual sequer participa do pacto social e, portanto, pode exercer o poder sobre os indivíduos da maneira que melhor lhe convier.

Como primeira expressão do Estado Moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na idéia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas *monarquias absolutistas*, fazendo como que, como sustenta Duguit, a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do Rei.⁵⁸

A primeira versão do Estado moderno foi o Estado absolutista, no qual a figura do soberano se apropria do Estado e exerce poderes absolutos em relação à população. Assemelha-se, nesse aspecto, com a noção de estado feudal⁵⁹, com a ampliação dos limites territoriais e de abrangência sobre maior número de indivíduos. Esse conceito fica claro nas palavras de Luiz XIV, o Rei Sol, segundo o qual *L'État c' est moi*, decorrente especialmente da noção de que os poderes do soberano tem origem divina.

Desde quando do problema do Estado passaram a tomar conta os juristas, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania (conceito jurídico por excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público). Para citar uma definição corrente e

⁵⁶ Partindo das características do Estado moderno, “em face das características *stricto sensu* da forma estatal medieval, é razoável afirmar que não existiu Estado centralizado no decorrer do período medieval, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos etc. A forma de Estado centralizado o Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente”. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁹ Não se desconhece que no período feudal não se pode cogitar de Estado, em sua concepção científica.

autorizada, o Estado é ‘um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes’ [Mortati 1969, p. 23]. Na rigorosa redução que Kelsen faz do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não apenas legítimo mas também eficaz (legitimidade e eficácia referenciam-se uma à outra); o território, torna-se o limite de validade espacial do direito do Estado, no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras; povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado. [...] Com a terminologia de Kelsen, o Estado enquanto ordenamento coativo é uma técnica de organização social: enquanto tal, isto é, enquanto técnica, ou conjunto de meios para um objetivo, pode ser empregado para os fins mais diversos.⁶⁰

A formação dos Estados pressupunha a autonomia de cada um deles em relação aos demais, ensejando o desenvolvimento a soberania e a autodeterminação na criação do Direito, do exercício da jurisdição e do poder de coerção.⁶¹

A centralização do poder em determinado território é elemento unânime na doutrina como característica do Estado moderno. Bobbio observa, ainda, que a

concentração do poder de comando sobre um determinado território bastante vasto, que acontece através da monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção da ordem interna e externa, tais como a produção do direito através da lei, que à diferença do direito consuetudinário é uma emanção da vontade do soberano, e do aparato coativo necessário à aplicação do direito contra os renitentes, bem como através do reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal, necessário para o efetivo exercício dos poderes aumentados. Quem descreveu com extraordinária lucidez este fenômeno foi Max Weber, que viu no processo de formação do Estado moderno um fenômeno de expropriação por parte do poder público dos meios de serviço como as armas, fenômeno que caminha lado a lado com o processo de expropriação dos meios de produção possuídos pelos artesãos por parte dos possuidores de capitais. Desta observação deriva a concepção weberiana, hoje tornada *communis opinio*, do Estado moderno definido mediante dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com a função de prover à prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força.⁶²

Streck observa que

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Estado, *governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 95.

⁶¹ A soberania é a idéia base do Estado Moderno. Jellinek observa que o conceito de soberania foi cunhado sob o ponto de vista político e que apenas posteriormente recebeu significado jurídico. Na primeira acepção, constitui-se em poder de fato, incontestável e absoluto, enquanto na última revela o poder de decidir sobre a norma jurídica aplicável em cada Estado. JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios Urruti. México, D.F: Cia Editorial Continental, s.d. p. 396.

⁶² BOBBIO, op. cit., p. 68.

autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território, de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal.⁶³

Os problemas decorrentes do exercício do poder pelo monarca não tardaram a produzir efeitos na sociedade, que passou a clamar uma solução. O despotismo acabou por empobrecer a população e provar o descontentamento, especialmente da burguesia emergente, que detinha significativa parcela do poder econômico.

As teorias contratualistas ganham força, assegurando que todo o poder emana dos cidadãos, que abrem mão de parte de sua liberdade a fim de viverem em sociedade, de forma harmoniosa. Essa noção dá novos contornos ao Estado, que passa a orientar-se pelo interesse coletivo e não pelos desígnios do soberano.

É exatamente o contratualista Rousseau

quem exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguram, em 1789, uma nova fase do estado Moderno. Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista –, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, ‘abriu mão’ do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutadis mudandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*.⁶⁴

Por outro lado, a imposição de limites à atuação do Estado é elemento fundamental para o abandono do modelo absolutista.⁶⁵

Pois o estatismo, a ascensão do Estado moderno, essa hipertrofia do poder, Hobbes não é, claro, seu autor. Trata-se de um fato histórico de que somente ele se deu conta, proporcionando-lhe fundamentos ideológicos. Entre os burgueses, que, aliás, haviam contribuído para a construção do Estado moderno, assim como na classe dos antigos senhores, esse fenômeno não podia existir sem despertar inquietações. Eles se vêem entregues ao poder tentacular do Estado que pretendia impor-lhes o culto e os dogmas de sua escolha e, por seu fisco, quando necessário seus confiscos,

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁶⁵ “O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Onde o Estado de Direito se estabelece, o governo de um Estado, ou de uma entidade não-estatal como a União Européia, o de entidades políticas dentro de um Estado, como a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales ou a Irlanda do Norte, é sempre conduzido dentro de uma moldura ditada pelo Direito. Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17.

ameaçava-lhes as propriedades. O positivismo jurídico – redução do direito unicamente às leis ditadas pelo príncipe – ameaçava o direito dos particulares.⁶⁶

Sarlet refere que “nesse contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.”⁶⁷

As necessidades da sociedade da época não eram compatíveis com práticas do Estado, em especial na área econômica, como no caso do mercantilismo⁶⁸, ensejando que os cidadãos reivindicassem mais liberdade para bem desenvolverem seu ofício. Essa conjunção de condições acabou por dar origem ao liberalismo.

Segundo Carlos S. Fayt, no Estado Absolutista,

os valores vinculados a ordem e a segurança eram considerados mais importantes que a liberdade. A burguesia reclamava estabilidade de proteção para realizar suas atividades. A ordem somente poderia lograr-se mediante a concentração do poder nas mãos do rei ou do parlamento, porém esses poderes deveriam ser, por natureza, ilimitados. Sem autoridade ilimitada o governante estava impedido de impor a paz e assegurar a ordem. Os valores supremos são, assim, a paz, a segurança, a ordem. Os desvalores, por conseguinte, a guerra, a anarquia, a desordem.⁶⁹

Maccormick observa, reportando-se à conveniência histórica da adoção do modelo de Estado de Direito, que

onde o Direito é estritamente observado, o Estado de Direito se estabelece; e as sociedades que vivem sob o Estado de Direito experimentam grandes benefícios em comparação àquelas que não vivem sob esse regime. O Estado de Direito é uma condição possível de ser atingida nos governos humanos. Entre os valores que ele assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. Isso porque uma sociedade que alcança esses ideais de certeza e segurança jurídicas permite a seus cidadãos viverem vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança.

No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Elas podem ter razoável segurança em suas expectativas acerca das

⁶⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 151.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

⁶⁸ “O mercantilismo pressupunha uma ampla intervenção do Estado, seja assumindo diretamente certas atividades econômicas, seja criando condições favoráveis a determinados grupos para alcanças objetivos visados”. FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003. p. 55. O mercantilismo foi marcado pela necessidade da balança comercial favorável, autossuficiência econômica na manufatura e produção de excedentes para exportações, além da manutenção do comércio como monopólio Estatal, através do pacto colonial ou exclusivo metropolitano e da necessidade do desenvolvimento da marinha. Sobre o tema, conferir FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

⁶⁹ FAYT, Carlos Santiago. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 21.

condutas das demais pessoas e, em particular, acerca daquelas que detém posições de governo nos termos do Direito.⁷⁰

Bobbio apresenta a necessária observação de que o liberalismo⁷¹ não é um regime da burguesia⁷², como querem fazer crer os defensores da igualdade sobre a liberdade, na medida em que pressupõe a limitação do poder do Estado (antes soberano) através de leis gerais e abstratas.⁷³

No coração da idéia liberal de governo livre, e no coração da distinção entre governos livres e despóticos, está a idéia de que, quando os governos agem contra os cidadãos, suas ações devem estar autorizadas em regras que exibam as características estruturais que acabamos de comentar. Isso permanece hígido também quando o governo, normalmente através do Judiciário, pretende regular ou julgar as demandas, pretensões e reclamações feitas pelos cidadãos contra outros cidadãos. Nesse caso, igualmente, o princípio do Estado de Direito exige que exista alguma regra autorizando a pretensão manifestada por uma pessoa contra a outra, na medida em que o julgamento dessa pretensão demande a emissão de uma ordem contra a outra passível de ser executada.⁷⁴

Da mesma forma, na lição de Danilo Zolo,

O Estado de Direito pode ser considerado uma ‘ordem política mínima’, essencialmente limitada à garantia dos direitos civis. Isto pode significar duas coisas distintas: por um lado que se trata de uma estrutura normativa e institucional rebus sic standibus [estando assim as coisas] sem alternativas no ocidente e que seria bastante arriscado tentar abolir ou simplesmente contrastar em nome de ideologia anárquicas, autoritárias ou totalitárias. Por outro lado, pode significar que em contraposição à tutela dos direitos civis que pertence, por assim dizer, à normalidade fisiológica do Estado de Direito, apenas uma pressão conflitiva pode fazer com que o nível mínimo seja superado: apenas o conflito é capaz de restituir efetividade ao exercício dos direitos políticos, resgatando-os da sua condição de puro cerimonial

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21.

⁷¹ Oportuno observar, com esteio em Miguel Reale, que “a Carta Magna não consagra o liberalismo infenso à justiça social, mas sim o social-liberalismo, segundo o qual o Estado também atua como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’, muito embora sem se tornar empresário, a não ser nos casos excepcionalíssimos previstos no Art. 173, por imperativos de segurança nacional, ou relevante interesse coletivo definido em lei.” REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 45.

⁷² Oportuno observar com base na lição de “O Estado contemporâneo encontra no direito positivo uma forma de organização que lhe empresta aparência de neutralidade, permitindo-lhe ocultar as verdadeiras relações de poder e dominação. Este artifício possibilitou à burguesia cooptar valores revolucionários como os de igualdade e liberdade através de uma forma aparente, para um tipo de organização social em que os homens não são efetivamente livres nem materialmente iguais, salvo na pura forma da lei”. BISOL, Rossana. *Dialética social do direito*. In: O DIREITO achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990. p. 35.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 276.

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 33.

eleitoral, e de garantir sucesso às expectativas e reivindicações ulteriores, em escala nacional e internacional.⁷⁵

Esse sistema, sem dúvida, constitui um dos primeiros passos no sentido de constituir um Estado Democrático de Direito, visando a garantia dos Direitos Fundamentais⁷⁶, nas suas várias dimensões desenvolvidas no novo modelo de Estado.⁷⁷

Segundo Jose Luis Bolzan de Morais,

O liberalismo surge, então, como a melhor resposta contra o absolutismo (do soberano). A autonomia da vontade recebe destaque bastante especial, expressando a limitação da autoridade por meio do dogma (e *sacralização*) da especialização de funções e do princípio da legalidade. Elege-se um novo soberano para o Estado Moderno: a assembléia parlamentar (representante popular e lugar de produção da lei). O primeiro palco dessas modificações foi a França: a assembléia parlamentar francesa substituiu o rei na tarefa de legislar. O absolutismo do rei – um absolutismo institucionalizado – foi decapitado, mas o absolutismo da assembléia parlamentar francesa – um absolutismo velado – ensaiava seus primeiros passos. Atribuiu-se à lei – em seu sentido formal – a responsabilidade de renovar/reinventar o sistema jurídico da época.⁷⁸

Michel Villey observa que

paralela à produção dos Códigos dos grandes Estados modernos, depois à proliferação de textos cada vez mais técnicos, nasceu outra espécie de literatura jurídica: as *Declarações dos Direitos Humanos*. Isso começou nos Estados Unidos da América, por volta de 1776. Depois veio o manifesto Constituinte e outras produções da Primeira República francesa. Novas versões enriquecidas por ocasião das diversas revoluções do século XIX. Depois da última guerra mundial, texto fundamental: a *Declaração Universal das Nações Unidas de 1948*, à qual deu

⁷⁵ ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 90.

⁷⁶ O desenvolvimento dos Direitos Fundamentais impõe “valores que devem ser interpretados conjuntamente, pois o respeito devido à pessoa humana em sentido universal (eu costumo dizer que a pessoa humana é o ‘valor fonte’ de todos os valores), não exclui, mas antes implica a dimensão jurídico-política que cada membro da coletividade brasileira adquire só pelo fato de nascer no território nacional, assegurando-lhe um campo específico de direitos e deveres, sem prejuízo da igualdade perante a lei.” REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

⁷⁷ Nesse passo, é oportuna a distinção apresentada por Streck quanto à possibilidade da admissão de uma Teoria Geral do Estado: “em resumo, pode-se dizer que a Teoria Geral do Estado, cujo grande autor clássico é Jellinek, parte de pressupostos a-históricos, tendo como modelo o Estado alemão do final do século XIX, portanto é uma teoria idealista, que tem um do tipo ideal (aliás, foi o próprio Jellinek quem construiu a idéia de tipo ideal que Max Weber, seu colega em Heidelberg, iria depois utilizar e difundir) de Estado. Portanto, o Estado seria invariável, com características constantes e caráter universal através do tempo e do espaço (por isso os adeptos desta concepção falam tranquilamente em Estado romano, Estado medieval etc). Por outro lado, a concepção de Heller, aqui seguida, busca entender o Estado enquanto realidade, ou seja, como formação real e histórica, a partir de suas ligações com a realidade social. Ou seja, não é possível uma Teoria geral do Estado, mas apenas uma Teoria do Estado, daquele Estado concreto e histórico, inserido em sua totalidade e realidade específicas.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22. Ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Estado constitucional, direitos fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre: TRF - 4ª Região, 2008. p. 12. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

seguimento a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950* e uma série de preâmbulos constitucionais ou de tratados a ela referentes.⁷⁹

Na mesma esteira, Maccormick destaca que

Códigos e leis no período moderno, e outros materiais similares, representam uma resposta institucional à ideologia do Estado de Direito como condição para a liberdade. A nação que governa por meio das leis toma o cuidado de produzir antecipadamente os textos que contêm (ou que podem ser lidos de forma a conter) as regras que autorizam a intervenção pública na esfera privada, não importando se tal intervenção é causada por autoridades públicas ou litigantes privados.⁸⁰

A inclusão desses Direitos na esfera da legislação positivada acaba atraindo a concepção de que há um direito natural que justifica o direito positivo. O Estado passa a ser de Direito Material, ou como defende Pablo Lucas Verdú, um Estado ético. Esse autor propõe que os Direitos Fundamentais são característica marcante do novo modelo estatal, caso em que eles acabam constituindo o Direito Natural traduzido no Direito positivo. O Direito, portanto, não pode ser admitido senão como instrumento de justiça social, baseada na lei moral. Reporta-se ao movimento constitucionalista, especialmente a partir do nazismo, que contém postulados jusnaturalistas, invocando a moral e a dignidade humana.⁸¹

No mesmo sentido, Cadermatori sustenta que

Com a formação dos modernos Estados constitucionais de Direito, foram incorporados pelo Direito positivo os conteúdos e valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado: o valor da pessoa humana, a igualdade, os direitos civis e políticos, bem como as garantias processuais de liberdade e certeza. Todos esse princípios ou valores, afirmados na forma de direitos naturais, foram consagrados nas constituições modernas como direitos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos, ou também positivos, como aqueles expressados pelos Direitos sociais.⁸²

A concepção de Estado Liberal é antagônica ao Estado Absolutista, no qual o monarca reunia todos os poderes da nação e os exercia de forma ilimitada. Assim, com a criação do Estado Liberal e com a divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a ilimitação dos poderes do rei desaparece, devendo, sua atuação, subordinar-se às leis criadas por órgão distinto, que é o parlamento.

Danilo Zolo observa que

⁷⁹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

⁸⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 34.

⁸¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

⁸² CADERMATORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 99.

A doutrina do Estado de Direito é provavelmente o patrimônio mais relevante que, hoje, nos inícios do terceiro milênio, a tradição política européia deixa em legado à cultura política mundial. A sua excepcional relevância teórica está na (alcançada) tentativa de assegurar no interior e por meio de uma particular organização do poder político – um Estado nacional – a garantia das liberdades fundamentais do indivíduo. O Estado de Direito conjugou, em formas originais em relação a qualquer outra civilização, a necessidade de ordem e de segurança, que está no centro da vida política, com a reivindicação, muito forte no interior de sociedades complexas, das liberdades civis e políticas.⁸³

Assim como o Estado absolutista fundou-se nas deficiências identificadas no modelo de estado feudal, do ponto de vista das classes emergentes ou dominantes, o liberalismo é fruto da própria luta contra o absolutismo, buscando fixar ideologia de princípios individualistas, que preconizava garantias contra os poderes arbitrários e a defesa dos Direitos Fundamentais, liberdade, mobilidade social e, principalmente, a limitação da área de ingerência do Estado.

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII [...]⁸⁴

O conceito de Estado liberal de direito diz respeito com essa mesma proposição: a existência da lei criada por representantes do povo, que subordina o poder executivo.⁸⁵ A positivação do direito constitui garantia fundamental do funcionamento da sociedade liberal, regida pela legislação criada pelo exercício da democracia.

Michel Villey destaca que

É verdade que o ‘positivismo’ reveste agora formas novas: de voluntarista, ele se torna ‘científico’ e sociológico. Denomina-se direito o movimento espontâneo das instituições tal como o constataria a sociologia. Segundo os dizeres da Escola de Frankfurt, não há pior apoio ao conservadorismo. Nosso direito zomba e se afasta da justiça. A ciência jurídica se atribuiu a tarefa de descrever o *Law as it is*, o direito tal como existe de fato (o que, aliás, nada significa). Sua função foi legitimar, sob o capitalismo liberal, excessivas desigualdades, que se perpetuam em numerosas regiões do globo, e, diversamente acentuado conforme os países e as épocas, a sujeição ao Poder.⁸⁶

⁸³ ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51.

⁸⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 38.

⁸⁵ Segundo Zagrebelsky, no Estado Liberal de Direito ficava patente a separação entre o Estado e os cidadãos, enquanto os poderes da Administração, no caso de confronto com os direitos de particulares, era posto em ordem através de autorizações legislativas: a intervenção do Estado ocorria apenas nos casos previstos em lei. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 28.

⁸⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

Enquanto doutrina, o liberalismo pode ser dividido em três segmentos, sendo o primeiro o moral, vinculado aos valores e Direitos Fundamentais do ser humano; o segundo o político, gravitando em torno do consentimento individual, da representação, do constitucionalismo e da soberania popular⁸⁷ e o terceiro o econômico, que apresenta os fundamentos capitalistas: economia de mercado, livre concorrência e propriedade privada.⁸⁸

Portanto, o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, é, em última análise, um dos desdobramentos do liberalismo.

Na mesma esteira, Mendes observa, referindo-se aos direitos pré-sociais, que

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir aos direitos básicos.

Essas idéias tiveram decisiva influência sobre a declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais obrigatórias, exigíveis judicialmente.⁸⁹

O movimento liberal, assim, acabou adotando a tese de que a lei era a solução para as distorções típicas do Estado absolutista. Sendo abstrata e impessoal, ensejaria o tratamento igual dos cidadãos afastando quaisquer preferências do poder central em relação determinados indivíduos. Pressupôs que a lei sequer careceria de interpretação, limitando a atuação do Poder Judiciário à condição de “boca da lei”, cabendo-lhe apenas aplicar a lei tal como criada.

⁸⁷ O projeto liberal busca estabelecer um esquema político, legal e econômico baseado no mesmo conjunto de princípios racionalmente justificáveis, pressupostamente aceitos por todos, que viabilizariam a convivência pacífica dos seres humanos na sociedade, independentemente de suas concepções e preferências pessoais. Qualquer teoria ou tradição seria viável, considerando a prevalência da liberdade individual, exceto aquelas que implicam que a vida do resto da comunidade deva ser reformulada.

A crítica a essa teoria baseia-se no fato de que o liberalismo acaba por criar uma tradição, inviabilizando a concepção inicial de emancipação da tradição. Nesse sentido, Macintyre, A. *Justiça de quem? qual racionalidade?* Rio de Janeiro: Loyola, 2009. p. 361.

⁸⁸ Sobre o assunto, conferir STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49-54. Jorge Reis Novais, observa, ainda, que o Estado liberal caracteriza-se pela divisão entre “a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; b) a separação entre o Estado e Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma dos indivíduos; c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com suas próprias regras”. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado e do direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 266.

A noção de Direito vinculado à justiça acabou sendo relegada a segundo plano e o Direito passou a ser identificado com a lei, oriunda de processo pré-estabelecido, com competência do Poder Legislativo, através de membros eleitos pelos cidadãos para tanto. Assim, o império da lei era baseado nas variáveis que eram passíveis de serem controladas pelo titular do poder estatal no Estado: os membros dos Poderes Executivo e Legislativo seriam eleitos, cabendo aos últimos elaborar as leis e aos primeiros executar as políticas públicas em conformidade com a lei.

Ao Poder Judiciário restava dirimir os conflitos de interesse, aplicando a lei ao caso concreto. Assim, os membros do Judiciário, que não seriam eleitos e não encontrariam representatividade imediata, restariam subordinados ao comando da lei, que, sendo criada pelo povo, impediria a atuação judicial em desconformidade com os desejos da sociedade. Reafirma-se, assim, o foco na criação de obstáculos ao exercício arbitrário do poder.

A questão da certeza da orientação, indicando à adesão espontânea ao ordenamento jurídico e ao hábito geral de obediência estava resolvida, na medida em que cabia aos juízes unicamente explicitar a vontade da lei, afastando qualquer tarefa criativa ou exegética.⁹⁰

A concepção da atuação judicial é bem apanhada por Marinoni, quando refere que:

É claro que essa intenção teve repercussão sobre o Estado-Juiz, uma vez que de nada adiantaria ‘formatar’ a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um ‘texto exato da lei’, pois de outra maneira constituiria ‘uma opinião particular do juiz’ e, dessa forma, ‘viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos.’⁹¹

⁹⁰ MacCormick observa que “valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Trad. Conrado Hubner Mendes. p. 17.

E o mesmo autor prossegue, já antevendo que o pressuposto da certeza do conteúdo do Direito não poderia ser levado adiante sem críticas:

“A interpretação adequada e a aplicação do Direito podem ser questões enormemente problemáticas. Teorias acerca do caráter indeterminado da linguagem lançam dúvidas sobre a possibilidade de existir a certeza jurídica proclamada pelos defensores do Estado de Direito. Esses problemas se tornam visíveis à medida que são apresentados argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras ao Direito. Idem, p. 18.

⁹¹ MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 29.

“A lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autômatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*. Esta foi a atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos parlamentos tinham feito, coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembléias representativas e em particular a Convenção (Convention), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos Nomophiles na Paris revolucionária e o seu recurso

Do ponto de vista histórico, há ponderar que o positivismo amparou vários regimes violentos e contrários à evolução social baseada nos Direitos Fundamentais, como o fascismo e o nazismo. Assim outras inovações foram introduzidas no modelo de Estado, de modo a constituir óbice a estas práticas, até então contempladas pelo modelo legal-positivista.

Segundo Hesse,

os direitos fundamentais influem em todo o Direito – inclusive o Direito Administrativo e o Direito Processual – não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.”⁹²

A ênfase nos direitos de liberdade típica do Estado liberal acabou incorporando outras nuances, especialmente no que tange à garantia dos direitos de igualdade e fraternidade, inaugurando a fase do Estado de bem-estar (ou Estado Social) e proporcionando novo ciclo de desenvolvimento dos Direitos Fundamentais.

O modelo de não-intervenção estatal (*laissez faire, laissez passer*) é superado pela assunção, pelo Estado, de obrigações positivas justamente como meio da redução das desigualdades e implementação do valor igualdade.⁹³

Em consequência disso, a concepção da separação entre o econômico e o político não tem como subsistir. Como já dito, a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.

O que caracterizaria o Estado como intervencionista, já que ele o é desde sempre, desde que tomemos a própria ocorrência do Estado como tal, uma vez que toda ação estatal promove algum tipo e de algum nível de intervenção na sociedade?

A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual

para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em “bouches de la loi” mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos. Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi, como bem conhecemos, continuada pelos professores do século XIX da Ecole de l'exegese (Escola da Exegese) que não ensinavam a lei mas os Códigos.” CAENEGEM, R.C. Van. Oráculos da lei ou bouche de la loi: considerações históricas sobre o papel dos juizes. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 40.

⁹² HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

⁹³ O projeto liberal teve como conseqüências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal, como já explicitado acima. Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura intraindividualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus conseqüências, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde etc. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

e a propriedade privada dos meios de produção -, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção. Decorre daí a necessidade de impor uma função social a estes institutos e a transformação de tantos outros.⁹⁴

Assim, o Estado passa a agir no contexto econômico e social, neste último caso, especialmente para a garantia dos direitos econômicos do cidadão. Esse modelo tem por característica que o Estado atue em temas ligados ao processo produtivo, tais como relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde e educação.

Streck sustenta que

A ‘necessidade’ do Estado, por assim dizer, que faça a interdição, a ruptura, entre civilização e barbárie, o que se traduziu em um rompimento histórico-paradigmático, depois de sístoles e diástoles representadas pelas formas liberal e social, com o contraponto das experiências socialistas, tem o desafio, contemporaneamente, de responder às novas necessidades e enfrentar os novos dilemas, caracterizadas pelo epíteto que a tradução cunhou do século XX em diante: o Estado Democrático de Direito, que busca assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está incumprido, enfrentando, inclusive, suas próprias dificuldades frente às transformações operadas por novas formas de vida.⁹⁵

Trata, tipicamente, da redução das desigualdades sociais com a garantia das condições mínimas de existência. Essa mudança na atuação do Estado⁹⁶ caracteriza a transição do Estado liberal (calcado na propriedade privada, na livre iniciativa, na garantia dos direitos de liberdade – e de contratar, na prevalência da lei e na não intervenção no mercado) para o Estado Social (calcado em novos valores ligados a implementação da igualdade formal, assumindo prestações positivas, com intervenção na esfera econômica como ator privilegiado).

Quanto ao Estado moderno, Bobbio relata suas fases:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 19-20.

⁹⁶ “A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido amplo, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, onde, como visto acima, à autoridade pública incumbia-se apenas, e tão só, a manutenção da paz e da segurança limitada que estava pelos impedimentos próprios às liberdades negativas da época. *Ibid.*, p. 63.

aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria.⁹⁷

Streck, referindo-se a Bobbio, resume que o Estado de bem-estar trata-se de

Um novo contrato social, que nomina de socialismo liberal, no qual, partindo-se da mesma concepção individualista da sociedade e adotando os mesmos instrumentos liberais, se incluem princípios de justiça distributiva, onde o governo das leis – em contraposição ao governo dos homens – busque a implementação da democracia com um caráter igualitário.⁹⁸

Aderindo do modelo de Estado de bem-estar, soma-se nova evolução referente ao Estado de Direito. Nesse modelo, o positivismo fica superado por uma nova noção de Direito, concretizadora dos Direitos Fundamentais e promotora do bem-estar⁹⁹.

A materialidade do Estado de Direito se substancializa sob os contornos da forma jurídica, mas com ela não se identifica. Ao contrário, à formalidade jurídica são incorporados conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado. Diz J. Chevallier: A construção da teoria do Estado de Direito não pode ser feita ao acaso ou como produto de uma lógica puramente interna ao campo jurídico: a teoria é dissolvida sobre um certo terreno ideológico, enraizada numa certa realidade social e política, afastada de suas referências, ela não aparece mais do que como uma concha vazia, um quadro formal, podendo-se dizê-la insignificante.

Ou, ainda, o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia, e o Estado de Direito não é mais considerado apenas como um dispositivo técnico de limitação do poder resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas. O Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.¹⁰⁰

No modelo de Estado Democrático¹⁰¹ de Direito¹⁰², contudo, outros direitos acabaram

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 100.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-80.

⁹⁹ “O nosso (Estado de Direito), conforme o Art. 1º da Carta Magna, de manifesto sentido preambular, foi proclamado com o nome de Estado Democrático de Direito, expressão que traduz uma opção pela democracia social, isto é, para uma democracia na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, mas sem prejuízo do primordial papel criador atribuído aos indivíduos. É óbvio que a democracia social não deve ser confundida com a social-democracia, que é sempre de cunho socialista, fato este que só deve impressionar aos que não estão afeitos ao jogo dos valores políticos, onde a mera inversão de uma palavra pode importar em alterações semânticas de fundo.” REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43.

¹⁰⁰ STRECK, op. cit., p. 93.

¹⁰¹ “o adjetivo ‘democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um estado de direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade.” REALE, op. cit., p. 02.

¹⁰² Lenio Streck observa que:

“para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é um existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da

aderindo ao rol dos Direitos Fundamentais. Sua concepção original focada na liberdade formal acaba sofrendo aperfeiçoamento com a inclusão das noções de igualdade e fraternidade, repetindo o lema da Revolução Francesa.

A igualdade, cerne do conteúdo da modernidade, concebida originalmente do ponto de vista formal – tratamento legal idêntico a todos os cidadãos – passa ser observado sob o prisma da igualdade material, freio indispensável para a manutenção da sociedade baseada em outro valor da Revolução Francesa, que é a igualdade¹⁰³.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão de a democracia contar e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.¹⁰⁴

São características do Estado Democrático de Direito: a vinculação da atuação estatal a uma Constituição, como instrumento de garantia jurídica; organização democrática da sociedade; sistema de Direitos Fundamentais e coletivos; justiça social, com mecanismos corretivos das desigualdades; divisão dos Poderes ou funções; legalidade, como medida de Direito; segurança e certeza jurídicas.¹⁰⁵

Hans Kelsen, na Teoria Geral do Direito e do Estado, afirma que "a idéia de democracia é uma síntese das idéias de liberdade e igualdade".¹⁰⁶ Sandra Vial observa que, no contexto de constitucionalização de direitos, indispensável considerar a liberdade e a igualdade como valores preponderantes, ainda que atualmente sejam insistentemente adotadas

democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um "desde-já-sempre", condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no mundo.

O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. Ele se dá como um acontecer. Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídicopolítico dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (lato sensu) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão". STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106.

¹⁰³ Segundo Streck, o conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

¹⁰⁴ Ibid., p. 98.

¹⁰⁵ Ibid., p. 99.

¹⁰⁶ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 281.

suas variáveis, tais como “direitos do homem” e a dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁷

A noção do Estado de Direito, em sua visão mais atual, está voltada para o desenvolvimento da democracia, correspondente ao que Bobbio indica como desejável um Estado intermediário entre o Estado Liberal e o Estado Democrático.¹⁰⁸ Busca sanar as vicissitudes detectadas no momento do Estado Liberal, especialmente quanto ao exercício do poder e a compatibilização desse exercício com o bem-estar e evolução sociais.

Assim, o modelo Democrático de Direito acaba superando os modelos liberal e de bem-estar, pois agrega novos valores, especialmente a promoção da justiça social. Baseia-se, outrossim, na noção de que a simples obediência à Lei não é suficiente para a evolução da sociedade fundada nos Direitos Fundamentais. Ultrapassa, assim, o positivismo, baseando-se na máxima concretização dos direitos, deslocando o foco da lei para a Constituição e para os princípios nela contidos, especialmente com base no objetivo da construção de futuro melhor.

2.4 As Condições de Possibilidade para o Desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais

Os modelos de Estado romano e grego são marcos relevantes, momento histórico em que passaram a ser reconhecidos os direitos do cidadão¹⁰⁹, enquanto participante na vida do próprio Estado, assumindo, esse último, obrigações frente ao cidadão.¹¹⁰

¹⁰⁷ A sua universalidade, todavia, é um fato recente: liberdade e igualdade, da forma como são entendidas hoje, são formulações concebidas com a idade moderna, as quais constituíram uma reação à queda da estrutura social baseada na estratificação e reconstruíram política e juridicamente os pressupostos do relacionamento entre indivíduo e sociedade. Assim, temos que a democracia só é possível porque existe uma sociedade diferenciada funcionalmente, ou seja, em cada sistema social opera-se somente a partir da sua própria estrutura. A sociedade estratificada não apresenta a diferença entre os vários sistemas; por isso dificulta a democracia, já que a complexidade não é elevada e contínua. VIAL, Sandra. Democracia: liberdade, igualdade e poder. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, Jose Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 190.

¹⁰⁸ A referência ao Estado Democrático refere-se ao modelo socialista, no qual a ênfase é a igualdade, em oposição ao modelo liberal baseado na liberdade. Bobbio propõe que o melhor modelo de Estado deve conciliar liberdade e igualdade. Segundo Bobbio, o liberalismo é um estágio inicial do Estado, quando são garantidos os direitos individuais, valorizando a pessoa. Contudo, a partir do desenvolvimento do Estado e da concretização desses direitos, outros passam a ganhar relevo, que são os ligados à democracia, entendida como efetiva participação do cidadão na eleição dos objetivos do Estado. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 124.

¹⁰⁹ [...] os direitos humanos nasceram na Europa moderna. A unidade da natureza do homem e sua eminência foram reconhecidas desde os tempos mais remotos. Mas coisa muito diferente são os direitos humanos. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 10.

¹¹⁰ O conceito de cidadão no Estado Romano ainda não correspondia ao seu atual conteúdo, na medida em que mulheres, estrangeiros e escravos não eram considerados capazes de exercer os direitos de cidadania e participação no Estado.

Tirar-se-á da tradição filosófica da Antiguidade uma idéia mais substancial da natureza humana. Sem ainda ter posse da mesma teoria que os modernos têm da ‘liberdade’ (e veremos, a esse respeito, a linguagem deles diferir da nossa), os pensadores gregos tinham o costume de postular uma ordem no mundo, de nele reconhecer uma hierarquia de gêneros e de espécies, em que o homem prevalece em dignidade na medida em que é o único provido do logos, o único capaz de se conduzir em virtude de uma escolha refletida; e isto supera o sentido sartriano da palavra ‘liberdade’.¹¹¹

A condição de cidadão viabilizava a participação na gestão dos interesses públicos, mas a própria organização burocrática do poder acabava por causar problemas que ainda são verificados na sociedade.

O fato é que mesmo havendo participação de alguns na formação da vontade do Estado, ainda remanesce grande massa de segregados. Acaso naquela época houvesse eclodido a doutrina dos Direitos Fundamentais¹¹² e as novas concepções de liberdade e igualdade, o atual estágio de desenvolvimento social seria, evidentemente, muito maior.

Sarlet observa que

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de ‘pré-história’ dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).¹¹³

A característica de unidade do Estado antigo sofreu refluxo na Idade Média a partir da sua fragmentação em feudos. A confluência entre Estado e Igreja e a ausência do poder centralizado acabaram por determinar a redefinição das unidades políticas em organizações menores, com poder concentrado nas mãos da nobreza e dos detentores da terra. Prevaleceu,

¹¹¹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 83.

¹¹² “Com base e K. Stern, Sarlet observa que se pode dividir em três etapas a evolução, desenvolvimento e instauração da doutrina dos direitos humanos: “a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1775, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37.

¹¹³ *Ibid.*, p. 38.

contudo, o modelo monoteísta judeu-cristão, independentemente da organização de cada feudo. Heller refere que

formou-se uma Igreja universal, independente das fronteiras políticas, que tirou boa parte da vida pessoal e pública da dominação do grupo político... . A Igreja reclamou uma obediência, embora extra-estatal, política, de todos os homens, inclusive dos que exerciam o Poder político, a ela obrigando, em muitos casos, por eficazes meios coativos espirituais e mesmo físicos. Desta maneira, a Igreja limitava o Poder político medieval não só exteriormente, mas de modo mais intenso, no interior, indiretamente, valendo-se do clero.¹¹⁴

O momento da superação do Estado medieval¹¹⁵ coincide com o fim da idade média, o nascimento das monarquias nacionais europeias¹¹⁶ e com a Revolução Francesa¹¹⁷. O paradigma de Estado sofre mudança, considerando que na idade média perdeu-se a consciência de liberdades individuais frente ao Estado, concepção aos poucos retomada no Estado moderno.

A situação mudou na Alta Idade Média. Então o direito desaparecera com a cultura profana da Antiguidade. Já não havia atividade jurisprudencial. Pautavam-se pelo ‘costume’ – herança recebida do passado – para fundamentar os direitos (os jura) dos particulares. Entretanto germinava, sobre bases novas, uma ordem social de outro gênero. Como não sobrevivia na Alta Idade Média outro ensinamento senão o clerical, sobretudo monástico, outros estudos, senão os sacros, ele terá como fontes a Torá bíblica, a lei do Evangelho, os preceitos de moralidade dos Padres da Igreja. Grande número das instituições que nasceram naquela época são de proveniência bíblica: a sagração e a função régia, a proibição da usura ou do incesto, um regime de proteção das viúvas, órfãos, estrangeiros; a autoridade do Sacerdócio. Conta-se com a força do juramento e com o dever de fidelidade (princípio da ordem feudal). Sistemas de regras de conduta. Ordem alicerçada sobre leis morais, que não é um direito no sentido próprio. Um mundo caído de novo na barbárie, onde o comércio é raro, a economia rudimentar, pode muito bem viver sem uma arte jurídica. [...] Foi com o Renascimento de uma civilização urbana, do artesanato, do comércio, das artes, que foi sentido de novo a necessidade do direito. Desde o fim do século XI ou

¹¹⁴ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 159.

¹¹⁵ Vários autores negam a típica existência de Estado na idade média, considerando a ausência de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e interior, que atuasse de modo contínuo com meios de Poder próprio e delimitações claras de povo e território. Ver HELLER, Herman, p. 158 e ss. e SOUZA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 19 e ss.

¹¹⁶ Muitos Estados europeus são criados a partir da superação do feudalismo, como França, Inglaterra, Dinamarca e Portugal.

¹¹⁷ A deflagração da Revolução Francesa em 1789, estimulou a imaginação dos europeus. Tanto os participantes do movimento como os seus observadores sentiram que estavam vivendo numa era crucial. Sobre as ruínas da Velha Ordem, baseada no privilégio e no despotismo, formava-se uma nova era que prometia realizar os ideais do Iluminismo. Essas idéias incluíam a emancipação da personalidade humana, da superstição e da tradição, a vitória da liberdade sobre a tirania, a remodelação das instituições de acordo com a razão e a justiça e a derrubada das barreiras à igualdade. Parecia que os direitos naturais dos indivíduos, até então um ideal remoto, passariam a reinar sobre a terra, acabando com séculos de opressão e miséria. Nunca, antes, as pessoas haviam demonstrado tal confiança no poder da inteligência humana para criar as condições de existência. Nunca, antes, o futuro parecera tão cheio de esperanças. Essa visão grandiosa acendeu emoções semelhantes ao entusiasmo religioso e atraiu conversos em todo o mundo ocidental. PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 422.

no século XII ressurgiu, graças aos glosadores, o direito romano. Acontece que ele entre em conflito com a doutrina cristã. Surge então um problema.¹¹⁸

O iluminismo é o ponto de partida para essa mudança de paradigma. Baseado na valorização do homem e da razão, em oposição ao teocentrismo e ao misticismo, buscava desenvolver a sociedade através do pensamento, com o enfrentamento de questões que até então somente encontravam explicação da fé¹¹⁹. A origem desse movimento é a França do final do século XVII, onde foram encontradas condições propícias para seu desenvolvimento dentre a burguesia, classe que detinha pequena participação no exercício do poder político no sistema absolutista.

O renascimento, como fenômeno do século XVI, que buscava o (re)descobrimto do mundo e do homem¹²⁰ e baseava-se na retomada do conhecimento antigo e esquecido, na

¹¹⁸ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 110.

¹¹⁹ Como naquele tempo a teologia está em pleno desenvolvimento. A partir do século XIV, viva, aberta, pluralista, foram dadas diversas respostas: a teologia que achamos a mais ortodoxa aceita a volta ao direito. A partir do século XIV, levantar-se-ão outras escolas, desfavoráveis ao ressurgimento da invenção romana. Em nome do Evangelho, vão-lhe opor um programa de reconstrução da ciência jurídica, prenunciadora dos “direitos humanos”. *Ibid.*, p. 111.

¹²⁰ Quanto à excepcional e notável natureza humana, que acaba por iluminar a teoria dos Direitos Fundamentais durante a idade média, Pico della Mirandola refere que “Li nos escritos dos Árabes, venerandos Padres, que, interrogado Abdala Sarraceno sobre qual fosse a seus olhos o espetáculo mais maravilhoso neste cenário do mundo, tinha respondido que nada via de mais admirável do que o homem. Com esta sentença concorda aquela famosa de Hermes: “Grande milagre, ó Asclépio, é o homem”.

Ora, enquanto meditava acerca do significado destas afirmações, não me satisfaziam de todo as múltiplas razões que são aduzidas habitualmente por muitos a propósito da grandeza da natureza humana: ser o homem vínculo das criaturas, familiar com as superiores, soberano das inferiores; pela agudeza dos sentidos, pelo poder indagador da razão e pela luz do intelecto, ser intérprete da natureza; intermédio entre o tempo e a eternidade e, como dizem os Persas, cópula, portanto, himeneu do mundo e, segundo atestou David, em pouco inferior aos anjos. Grandes coisas estas, sem dúvida, mas não as mais importantes, isto é, não tais que consintam a reivindicação do privilégio de uma admiração ilimitada. Porque, de facto, não deveremos nós admirar mais os anjos e os beatíssimos coros celestes?

Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supra-mundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado.

Mas, escutai, ó Padres, qual é essa condição de grandeza e, com vossa liberalidade, prestai um ouvido benigno e tolerante a este meu discurso.

Já o sumo Pai, Deus arquitecto, tinha construído segundo leis de arcana sabedoria este lugar do mundo como nós o vemos, augustíssimo templo da divindade. Tinha embelezado a zona super-celeste com inteligências, avivado os globos etéreos com almas eternas, povoado com uma multidão de animais de toda a espécie as partes vis e fermentantes do mundo inferior. Mas, consumada a obra, o Artífice desejava que houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande, que amasse a beleza e admirasse a sua grandeza. Por isso, uma vez tudo realizado, como Moisés e Timeu atestam, pensou por último criar o homem. Dos arquétipos, contudo, não ficara nenhum sobre o qual modelar a nova criatura, nem dos tesouros tinha algum para oferecer em herança ao novo filho, nem dos lugares de todo o mundo restara algum no qual se sentasse este contemplador do universo. Tudo estava já ocupado, tudo tinha sido distribuído nos sumos, nos médios e nos ínfimos graus. Mas não teria sido digno da paterna potência não se superar, como se fosse inábil, na sua última obra, não era próprio da sua sapiência permanecer incerta numa obra necessária, por falta de decisão, nem seria digno do seu benéfico amor que quem estava destinado a louvar nos outros a liberalidade divina, fosse constringido a lamentá-la em si mesmo.

forma da literatura, história e filosofia moral, com o desenvolvimento do homem na condição de ser livre e civilizado, capaz do pensamento e da utilização da razão, opondo-se diretamente ao clero, com seus sacerdotes e monges.

Fácil concluir que o surgimento do Estado moderno foi resultado da conjunção de

Estabeleceu, portanto, o óptimo artífice que, àquele a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parceladamente aos outros. Assim, tomou o homem como obra da natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: “Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo”.

Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno, como diz Lucílio, tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, foram o que serão eternamente. Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão os seus frutos. Se vegetais, tornar-se-á planta. Se sensíveis, será besta. Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus, e se, não contente com a sorte de nenhuma criatura, se recolher no centro da sua unidade, tornado espírito uno com Deus, na solitária caligem do Pai, aquele que foi posto sobre todas as coisas estará sobre todas as coisas.

Quem não admirará este nosso camaleão? Não sem razão Asclépio, ateniense, devido ao aspecto mutável e devido a uma natureza que a si mesma se transforma, disse que nos mistérios era simbolizado por Proteu. Daqui as metamorfoses celebradas pelos Hebreus e pelos Pitagóricos. Até mesmo a mais secreta teologia hebraica, de facto, transformara ora Enoch santo no anjo da divindade, ora outros noutros espíritos divinos. E os Pitagóricos transformam os celerados em bestas e, a acreditar em Empédocles, até mesmo em plantas. Imitando isto, Maomé repetia muitas vezes e com razão: “quem se afasta da lei divina torna-se besta”. De facto, não é a casca que faz a planta, mas a sua natureza entorpecida e insensível; não é o couro que faz a jumenta, mas a alma bruta e sensual; nem é a forma circular que faz o céu, mas a recta razão; nem é a separação do corpo que faz o anjo, mas a inteligência espiritual. Por isso, se virmos alguém dedicado ao ventre rastejar por terra como serpente, não é homem o que vê, mas planta; se alguém é cego, como Calipso, por vãs miragens da fantasia, seduzido por sensuais engodos, escravo dos sentidos, é uma besta o que vemos, não um homem. Se é um filósofo que discerne com recta razão todas as coisas, venerá-lo-emos, é animal celeste, não terreno. Se é um puro contemplante, ignaro do corpo, todo embrenhado no âmago da mente, este não é animal terreno, nem mesmo celeste: é um espírito mais elevado, revestido de carne humana. Quem pois não admirará o homem? Que não por acaso nos sagrados textos mosaicos e cristãos é chamado ora com o nome de cada der de carne, ora com o de cada criatura, precisamente porque se forja, modela e transforma a si mesmo segundo o aspecto de cada ser e a sua índole segundo a natureza de cada criatura? O persa Evantes, por isso, onde expõe a teoria caldaica, escreve que o homem não possui uma sua específica e nativa imagem, mas muitas estranhas e adventícias. Daí o dito caldaico de que o homem é animal de natureza vária, multiforme e mutável.

Mas com que objectivo recordar tudo isto? Para que compreendamos, a partir do momento em que nascemos na condição de sermos o que quisermos, que o nosso dever é preocuparmo-nos sobretudo com isto: que não se diga de nós que estando em tal honra não nos demos conta de nos termos tornado semelhantes às bestas e aos estúpidos jumentos de carga. Acerca de nós repita-se, antes, o dito do profeta Asaph: “Sois deuses e todos filhos do Altíssimo”. De tal modo que, abusando da indulgentíssima liberalidade do Pai, não tornemos nociva, em vez de salutar, a livre escolha que ele nos concedeu. Que nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível.” PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lurdes Sigardo Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 49-55.

vários elementos, tais como a existência de uma classe social emergente e detentora de significativa parcela do poder econômico, da decadência do regime absolutista e de suas práticas econômicas, da necessidade da valorização do homem e do racionalismo.

O Estado absolutista adotava organização social rígida e hierarquizada a partir do clero, passando pela nobreza e chegando, finalmente, aos demais membros da sociedade (burguesia e trabalhadores da cidade e do campo). Contudo, a burguesia já detinha razoável parcela do poder econômico, mas permanecia afastada do poder político, organizado através do sistema estamental, segundo o qual a posição social de cada indivíduo dependia de seu nascimento e não das riquezas acumuladas.

As condições políticas da época eram totalmente desfavoráveis à burguesia, na medida em que os poderes estatais concentravam-se nas mãos do rei, que se apropriava da maior parte das receitas oriundas do comércio com outras nações, conforme os fundamentos do mercantilismo¹²¹. O próprio exercício do comércio sofria restrições do Estado, que possuía o monopólio desse tipo de relação.

Entretanto, a burguesia acumulava, cada vez mais, o poder em função de seu desenvolvimento econômico baseado no comércio, sendo-lhe do maior interesse a concretização do direito à liberdade, de modo que cada indivíduo pudesse dispor de sua força de trabalho e de seus bens. Esse crescimento do poder da burguesia aliado à sua repressão acabou culminando na Revolução Francesa, baseada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e na defesa da participação do indivíduo na fixação dos objetivos do Estado.

A democracia e o dever de obediência à lei, nesse passo, constituem elementos indispensáveis à instauração do modelo de Estado formado a partir da Revolução Francesa, na medida em que afasta o arbítrio da condução da unidade estatal e, ao mesmo tempo, assegura a participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado.

Se nem todos leram Hegel, ninguém ignora sua tríade: sendo a História a do desabrochar da vontade livre, no primeiro momento, que é dos antigos impérios orientais, *um só* era livre: o Déspota. Na Grécia e em Roma, *alguns* (o todo ou parte dos cidadãos, com exclusão dos escravos). Na fase derradeira, suscitada pelo cristianismo, ‘todos os homens são livres’. É o fundamento da nossa democracia. Todavia, em Hegel, a história continua: as liberdades individuais vêm unir-se na onipotência do Estado moderno, que se parece bastante com as cidades antigas.¹²²

¹²¹ Mercantilismo é marcado por medidas econômicas implementadas entre os séculos XV e XVIII que buscavam fortalecer o Estado e unificar o mercado interno, através de ingerência na economia, afastando a idéia de liberdade dos mercados. Trazia evidente prejuízo à burguesia, limitando sua liberdade de atuação, principalmente no comércio.

¹²² VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 82.

O professor Lenio Luiz Streck observa que

o Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social. A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais. Além da carga elevada de valores e do caráter compromissário do texto da Constituição brasileira, esta traz em seu bojo os mecanismos para implantação das políticas do Welfare State, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹²³

Quanto à matéria, arremata Mendes:

Em que pese pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, A Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano da relações concretas entre o poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. Noutras palavras, como se verá em capítulo específico, o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os moldes liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.¹²⁴

Oportuno observar que as questões ligadas à democracia e sua própria forma de concretização sofreram alteração ao longo dos séculos, considerando que a democracia praticada na Grécia não é a mesma atualmente praticada.

Os próprios Direitos Fundamentais passaram por uma transição a partir do Estado liberal, considerando a ênfase inicial na liberdade (e nas obrigações negativas do Estado)¹²⁵ até eleger como foco o direito à igualdade (e nesse caso, nas obrigações positivas do Estado).

Os direitos humanos foram o produto da filosofia moderna, surgida no século XVII. Desde o final da Idade Média, com o progresso da burguesia, a cultura emigrara do

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 217.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009., p.170.

¹²⁵ A noção de Estado negativo, neste caso, não se confunde com a proposição de Marx e Engels, que reconheciam apenas uma função no Estado: a opressão de uma classe por outra. A noção marxista é de que o Estado é a superestrutura do modo de produção capitalista, com o fim de amortizar os choques entre as classes, evitando a luta estéril. Apregoa-se o Estado como entidade acima da sociedade e dela oriundo, situação que não corresponde à realidade, pois, afinal é mero instrumento para proteger os interesses classe dominante. Os dois autores defendem que com a revolução proletária as classes sociais deixarão de existir e, por consequência, os conflitos sociais. Assim, com a sociedade harmonizada, o Estado simplesmente perde sua função e deixa de ser necessário. Esse é o fundamento da visão negativa do Estado. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

mundo clerical universitário para os laicos. Assim renasce uma filosofia, no sentido pleno do termo, entendendo livre do controle das faculdades de Teologia. Isso não impede que essa filosofia – denominada ‘moderna’ na medida em que se opõe à filosofia pagã clássica da Antiguidade – seja filha, herdeira e continuadora da teologia cristã.

Não é verdade que a cultura da Europa moderna foi radicalmente ‘secularizada’. Por certo voltou aos autores antigos ressuscitados pelo humanismo: Platão, Epicuro e, sobretudo, os moralistas estóicos. Isso mesmo estava na linha da teologia tomista. Mas os grandes filósofos modernos pretendiam pensar em concordância com o dogma cristão. E, como Santo Tomás em sua Suma tratara ‘de todas as coisas com relação a Deus’, omnia sub ratione Dei, Descartes, Espinosa, Leibniz fizeram de Deus a pedra angular de seus sistemas. Mesma observação sobre os construtores da política e do direito modernos: Grócio, Hobbes, Selden, Cumberland, Pufendorf, Leibniz, Locke etc. Todos escreveram alguma obra de teologia. Nós os traíramos ignorando-lhes a dependência para com a Santa Escritura. Os direitos humanos têm como primeira fonte uma teologia cristã. Mas uma teologia desviada, de um tríplice ponto de vista.

Primeiro, sobre o fundo. Cerca da metade da Europa, em particular a Inglaterra protestante, rompe com Roma. O desprezo da tradição não é muito menor entre os filósofos dos países que continuaram católicos.

Em suma, tratar-se-á mormente de uma teologia de laicos, e a teologia laica não é forçosamente a melhor. O que resta, notava Pascal, em Descartes, do Deus de Abraão, de Isaac e de Jacó? Quanto pobre, para um cristão, o Deus que Leibniz reduziu a dois axiomas racionais! A filosofia dos modernos se inclina ao deísmo: A Cristo vem substituir-se o Deus produzido pela razão do Homem.

Anuncia-se a religião futura, a de Auguste Comte, ou de Marx, da Europa contemporânea: a religião do Homem seu Deus, transferência para o Homem da adoração conferida anteriormente a Deus. Mas glorificar o Homem, o Progresso da história humana, forjar a nova Trindade expressa por estas três palavras: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, talvez seja uma consequência da mensagem do Evangelho? Não é certo...

Desviada também quanto à forma. Ora, é perigoso em teologia, abusar da lógica e do espírito sistemático. Os Padres da Igreja meditavam sobre a Santa Escritura, sem exercer em demasia a lógica forma, da qual só podem sair heresias (tal como fora a heresia ariana). As parábolas evangélicas não se prestam bem às raciocinações. A linguagem delas não é científica.

[...]

Terceiro aspecto da decadência dessa teologia. Ela ignorou o que é a peculiaridade da filosofia e da qual a Suma teológica tirava sua beleza, o espírito de pura pesquisa da verdade. A atitude desinteressada que os filósofos gregos haviam adotado é excepcional, mesmo entre os ‘teólogos’.^{126 127}

¹²⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 140.

¹²⁷ “De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem. Por sua vez, é nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que levou ao desenvolvimento da idéia de direito subjetivo, principalmente por obra de Hugo Grócio, que, no limiar da idade Moderna, o definiu como ‘faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente’.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

A consequência dessa invasão dos assuntos tipicamente do Estado pela Igreja culminou com o movimento reformista, que emancipou definitiva e totalmente o Estado das questões espirituais, afastando a Igreja da política.

Entretanto, conforme leciona Lafer, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos fundamentais.¹²⁸

O lugar-comum de que os direitos humanos são um produtos do cristianismo, ou do judaico-cristianismo, é onipresente na literatura cristã, tanto protestante como católica; comporta uma parte da verdade. A noção moderna dos direitos humanos tem raízes teológicas. A Revelação judaico-cristã exalta mais a dignidade do homem que os filósofos gregos:

Texto fundamental: *Gênesis* I, 26. – ‘Deus disse: façamos o homem à nossa imagem, à nossa semelhança e que dominem os peixes do mar, as aves do céu, o gado, todos os bichos selvagens e todos os répteis que rastejam na terra’.

I, 27. – ‘Deus criou o homem à sua imagem.

À imagem de Deus, ele o criou.

Homem e mulher, ele os criou.” [...]

O cristianismo vai conduzir para mais alto a exaltação do Homem: Deus se faz homem; eis-nos chamados à vida divina. Cumprirá dizer que passávamos para o lado de Deus e nos separávamos do *cosmos*?

A mensagem dirige-se a *todos*. Abolido até o privilégio que Deus dera a seu povo eleito: ‘Não há judeu nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós fazeis um só em Jesus Cristo’ (São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28).¹²⁹

Uma das principais preocupações do liberalismo foi assegurar a liberdade de pensamento, opinião e religiosa, no contexto de liberdade e igualdade formal, de modo que a todos os indivíduos fosse assegurada a possibilidade de expressar-se, trabalhar e desenvolver-se, com foco na autonomia da vontade. A própria participação democrática acaba sendo relegada à esfera individual e submetida à vontade individual.

A doutrina trata da liberdade sob dois enfoques, um chamado negativo e outro positivo. No primeiro caso, a liberdade se traduz na ausência de impedimentos à conduta dos indivíduos, especialmente para as escolhas, com a ausência de interferência externa. No segundo caso, a liberdade assume dimensão da aquisição de pressupostos para agir e pensar, afastando-se da noção de ausência de restrições.

Essa questão é apreciada na distinção entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos novos e fundada na teoria de Benjamin Constant. Segundo ele, a liberdade dos antigos teria existido nas cidades-estados da Grécia, sobretudo em Atenas, caracterizada pela participação do cidadão, diretamente e na praça pública, das deliberações sobre os negócios da cidade. Era uma liberdade positiva, pois o cidadão era livre para participar da vida pública,

¹²⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 119.

¹²⁹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 107-108.

e caracterizada pela autodeterminação.

A liberdade civil, no caso, não subsistia, pois o cidadão era submetido ao interesse da coletividade, destacando que havia exclusão de não-cidadãos, como mulheres e escravos.

Benjamin Constant acabou por identificar que a liberdade dos antigos não era compatível com os tempos modernos, considerando que o comércio e a indústria tinham se desenvolvido extraordinariamente, as relações sociais tinham se tornado complexas e não havia escravos para a prestação de trabalho, sendo que nesse contexto, os cidadãos precisavam cuidar da própria vida, enriquecendo, ou simplesmente sobrevivendo, noção que se adapta perfeitamente à noção de liberdade negativa exigida pelo liberalismo.¹³⁰

Assim, modernamente, não subsiste o tempo de lazer necessário para a dedicação ao negócio público.

Além da disponibilidade de tempo e das diferentes estruturas sócio-econômicas, outra diferença entre os modernos e os antigos reside, mais especificamente, nas diferentes concepções de liberdade. Os antigos realizavam-se na participação, ou seja, era uma liberdade *no* Estado (ou melhor, na polis), enquanto os modernos realizam sua liberdade de maneira mais ou menos oposta, evitando que o Estado apresente escolhas à atividade individual: é uma liberdade *do* Estado.

Nesse contexto histórico de liberalismo, o que os cidadãos pediam não era participação direta no governo, mas que o governo se abstinhasse de agir e não impusesse restrições à liberdade civil de trabalhar e ganhar dinheiro. Todas essas aspirações estavam de acordo com a implementação do sistema capitalista e com o liberalismo, sem caracterizar oposição à democracia, que passou a ser aspirada de maneira distinta da encarada na Grécia.¹³¹

¹³⁰ VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Bari: Latenza, 1999. p. 21.

¹³¹ Segundo Benjamin Constant a liberdade dos antigos consistia “nell’esercitare collettivamente ma direttamente molte funzioni dell’intera sovranità, nel deliberare sulla piazza pubblica sulla guerra e sulla pace, nel concludere con gli stranieri i trattati di alleanza, nel votare le leggi, nel pronunciare i giudizi; nell’esaminare i conti, la gestione dei magistrati, nel farli comparire dinanzi a tutto il popolo, nel metterli sotto accusa, nel condannarli o assolverli; enquanto a liberdade dos modernos traduz-se no direito de ciascuno di non essere sottoposto che alle leggi, di non poter essere né arrestato, né detenuto, né messo a morte, né maltrattato in alcun modo a causa dell’arbitrio di uno o più individui. Il diritto di ciascuno di dire la sua opinione, di scegliere la sua industria e di esercitarla, di disporre della sua proprietà e anche di abusarne; di andare, di venire senza doverne ottenere il permesso e senza render conto delle proprie azioni e della propria condotta. [...] Il diritto, infine, di ciascuno di influire sulla amministrazione del governo sia nominando tutti o alcuni dei funzionari, sia nominando tutti o alcuni de funzionari, sia mediante rimostranze, petizioni, richieste che l’autorità sia più o meno obbligata a prendere in considerazione”. CONSTANT apud VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Bari: Latenza, 1999. p. 22-23.

Referindo-se, ainda, à classificação de liberdades negativas e positivas proposta por Isaih Berlin, Pettit observa que em relação a esta liberdade dos antigos e modernos Pettit nos diz que a “liberdade moderna de Constant es la libertad negativa de Berlin, y la libertad antigua del francés – la libertad de pertenecer a una comunidad democrática autogobernada – es la variedad más descolante de la libertad positiva de Berlin. La libertad moderna se dejaría al arbitrio de nuestra propia voluntad privada; la libertad antigua consistiría en compartir el poder de una voluntad pública democráticamente determinada. El ideal moderno sería

A liberdade exigida do Estado era negativa, no sentido da abolição das restrições às liberdades individuais. O cuidado dos negócios públicos ficava nas mãos de representantes para isto escolhidos em eleições que, cada vez, contavam com a participação de maior número de cidadãos.¹³²

A separação do público e do privado afastava a intervenção do Estado da economia, que compreendia também o mercado de trabalho e inviabilizava, do ponto de vista filosófico, que a esfera pública manifestasse interesse sobre a vida individual ou sobre a manutenção de condições mínimas de subsistência.

Essa noção de liberdades negativas e positivas acompanham a evolução do modelo de desenvolvimento de direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático.

A doutrina dos Direitos Fundamentais, assim, floresce no seio da Revolução Francesa e, a partir daí desenvolve-se até os dias atuais com a ampliação de sua abrangência e com reflexos diretos na organização do Estado e do Direito.

A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como ‘valor jurídico mais elevado’ dentro do ordenamento constitucional, figurando como ‘valor jurídico supremo’. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como ‘fim supremo de todo o Direito’ ou como ‘determinação de inviolabilidade da dignidade humana, que stá na base de todos os direitos fundamentais’.¹³³

Nesse ponto, é oportuna a diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Os primeiros são decorrentes da simples presença da natureza humana, sendo inerente a toda a pessoa, independentemente do contexto social em que vivem. Tem conteúdo apenas aproximadamente definido. Já o último fica presente quando os Direitos Humanos são

característica liberal, el antiguo, característicamente populista”, e continua dizendo que, “[...] las preocupaciones de los modernos, por otra parte, se ven como el producto de una sociedad cambiante, más individualista, que desdeña el ideal de la participación pública a favor del ideal de una esfera privada de actividad, en la que cada individuo puede proseguir su propio camino. Si a pesar de todo, dentro de esta filosofía política, se viene en apoyo de la participación democrática, no es porque se la considere un bien en sí misma, sino porque sirve a propósitos útiles para la defensa del individuo. PETTIT, Philip. Antes le la libertad negativa y la libertad positiva. In: PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Trad. Toni Domènech. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999. p. 36-37.

¹³² Junto com a liberdade dos modernos, nascia o modelo de democracia representativa, exercida indiretamente pelos cidadãos.

A partir da instauração do Estado liberal a democracia é exercida através do modelo indireto representativo, mas ultimamente outras correntes vem ganhando força, em especial com o retorno ao modelo original de democracia direta, com a garantia da participação individual na tomada de algumas decisões (modelo denominado de democracia participativa).

¹³³ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 99.

incorporados a um ordenamento jurídico, especialmente a partir de sua positivação na Constituição.

Sarlet leciona que

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por esse motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo “direitos humanos” ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos para justificar a distinção.

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹³⁴

No mesmo sentido, Gregório Robles refere que os Direitos Fundamentais

São direitos humanos positivados, isto é, concretados e protegidos especialmente por normas do nível mais elevado. A positivação tem tal transcendência que modifica o caráter dos direitos humanos pré-positivados, posto que permite a transformação de critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que os direitos subjetivos não fundamentais.^{135 136}

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28.

¹³⁵ ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005. p. 07.

¹³⁶ Oportuna é a observação de Sarlet sobre a necessidade da inclusão expressa na ordem constitucional como forma de reconhecimento do direito fundamental, através da distinção entre direitos formais e materiais: “a idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental. A aplicação da noção de sistema ao conjunto dos direitos fundamentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutida acirradamente na dogmática constitucional nacional e estrangeira. [...]

Com muito mais pertinência do que o caso da Lei Fundamental alemã, as ponderações tecidas por Hesse revelam sua procedência e atualidade quando consideradas em face do texto da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.” SARLET, op. cit., p. 70-71.

E prossegue: “Conforme já frisado alhures, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que - neste sentido - se cuida de direitos de natureza

Isso decorre do retorno à noção jusnaturalista de direitos inatos do ser humano e da concepção de que esses direitos, necessariamente, precisam ser albergados pelo Direito positivo.

o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos 'direitos' consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.^{137 138}

supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais [...]

Importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais. op. cit. p. 74-75.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). op. cit. p. 77.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

¹³⁸ “Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte, que na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e

A consolidação da teoria dos Direitos Fundamentais é outra característica indelével desse momento histórico, buscando a valorização do ser humano (ainda que nem todos os homens fossem considerados humanos)¹³⁹ e a garantia dos direitos de liberdade e igualdade.

Os direitos humanos são um produto da época moderna, e do qual não é certo que estejamos curados, erige no lugar de Deus esta grande ídolo: *o Progresso* – que deve assegurar as fruições e a *felicidade* da política moderna. E, quanto aos meios, a fim de ordenar no modo mais ‘racional’ o trabalho dos cientistas e dos técnicos, e de melhor explorar seus frutos, nosso mundo depositou sua esperança na grande máquina estatal desenhada por Hobbes – o Deus terrestre, Leviatã.¹⁴⁰

O mesmo autor prossegue:

Todo o excesso gera seu contrário. Não se poderia resignar-se à instalação do ‘melhor dos mundos’ nem se contentar com o ‘direito tal como é’. Ao positivismo jurídico foi necessário um *antídoto*. Os modernos opuseram-lhe a figura dos ‘direitos humanos’, tirada da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram.¹⁴¹

Haberle observa a necessidade de distinção entre o sentido dos valores dignidade e dignidade humana ao longo do tempo.

Nesse contexto, são dotados de sentido as ‘periodizações’ históricas do pensamento acerca da dignidade e da dignidade humana: ‘dignitas’ na Antiguidade (dignidade como caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não humanas) e no Estoicismo como compartilhamento pelos homens do atributo da razão. Para o Cristianismo da Antiguidade e da Idade Média, a imagem e semelhança dos homens para com Deus. Na Renascença, Pigo dela Mirandola compreendeu a dignidade do homem a partir da sua essencial possibilidade de escolha. No Iluminismo, foi a dignidade, como liberdade, associada à idéia estoica de dignidade como compartilhamento da razão; Pufendorf acrescentou à noção de dignidade a idéia de igualdade de todos os homens. O aperfeiçoamento deste pensamento por Kant culminou na idéia de insubstituibilidade de cada ser humano. Um ‘valor interno absoluto’, portanto dignidade possui para Kant apenas aquela pessoa aparelhada com identidade moral e auto-responsabilidade, dotada de razão prática e capacidade de autodeterminação racional.

Na metade do século XIX a dignidade humana se tornou a ‘idéia-motriz política dos movimentos trabalhistas’; Lassale exige a melhora das condições materiais das classes trabalhadoras e que se lhes proporcione uma existência verdadeiramente digna; Proudhon dá um passo adiante ao incluir a dignidade da pessoa humana na idéia de justiça. Com isso, o pensamento da dignidade humana abriu-se a uma nova dimensão, a do Direito e da justiça, transitando do reino do ‘pensamento puro’ para

liberdades individuais e fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

¹³⁹ Com fundo no preconceito e no interesse econômico, alguns grupos eram excluídos das garantias fundamentais, tais como mulheres, negros e índios.

¹⁴⁰ ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005. p. 2.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

a prática jurídica.¹⁴²

A implantação do modelo liberal¹⁴³, acabou por causar radicais repercussões na organização do Estado, com a aplicação da teoria da tripartição dos poderes e da criação da lei, geral e abstrata, incidindo sobre toda a coletividade, inclusive sobre o próprio Estado. Por fim, o valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.¹⁴⁴

Viroli observa que o liberalismo

è una teoria política individualistica che afferma che le fine principale della comunità politica la protezione della vita, della libertà e della proprietà dei singoli. [...] Ma che il fine principale della comunità politica fosse la tutela della vita, della libertà e della proprietà degli individui lo avevano già detto i teorici repubblicani.¹⁴⁵

O contexto liberal favoreceu o amadurecimento do Direito, como produto da sociedade voltado para o homem, buscando assegurar os Direitos Fundamentais e fulminar as práticas déspotas inerentes ao Estado absolutista. A discussão sobre a necessidade dos Direitos Fundamentais

irrompeu logo depois de 1789. Enquanto Payne na Inglaterra, Kant na Alemanha, Fichte e o jovem Hegel (mais tarde voltaram atrás) se entusiasmavam pelos direitos do homem da Revolução Francesa, Burke denunciava seus malefícios. Burke também é o defensor dos americanos e das populações indígenas contra as companhias comerciais que os exploravam – um dos primeiros adversários do colonialismo. Seu testemunho merece respeito. Fez notar que o texto da Constituinte sobre o caráter inviolável e sagrado da propriedade e sobre o direito de todo o homem a garantias judiciárias não impediu os confiscos das propriedades dos inimigos da Revolução, nem lhes salvou as cabeças da guilhotina.

Na mesma época, Jeremy Bentham opinava que os ‘direitos do homem’ seriam *contra-sensos*. E, quanto à Igreja católica, o papa Pio VI qualificava os dezessete

¹⁴² HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 117.

¹⁴³ A concepção de Estado Liberal é antagônica ao Estado Absolutista, no qual o monarca reunia todos os poderes da nação e os exercia de forma ilimitada. Assim, com a criação do Estado Liberal e com a divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a ilimitação dos poderes do rei desaparece, devendo, sua atuação, subordinar-se às leis criadas por órgão distinto, que é o parlamento.

O liberalismo é fruto da própria luta contra o absolutismo, buscando fixar ideologia de princípios individualistas, que preconizava garantias contra os poderes arbitrários, direitos humanos, liberdade, mobilidade social e, principalmente, a limitação da área de ingerência do Estado, entre outras idéias.

O conceito de Estado de direito diz respeito com essa mesma proposição: a existência da lei criada por representantes do povo, que subordina o poder executivo. A positivação do direito constitui garantia fundamental do funcionamento da sociedade liberal, regida pela legislação criada pelo exercício da democracia.

¹⁴⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 20.

¹⁴⁵ VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Bari: Latenza, 1999. p. 44-45.

artigos da *Declaração Francesa* de ‘contrários à religião e à sociedade’.¹⁴⁶

Modernamente o desenvolvimento da noção contra-majoritária dos Direitos Fundamentais e suas garantias tomou novos contextos, especialmente após os modelos de Estado fascistas, mormente do nazismo.¹⁴⁷ A popularidade dessa teoria como forma de integração do ordenamento jurídico, superada a pretensão de completude do ordenamento jurídico positivado, também ensejou sua maior difusão entre os povos. Sobre as garantias asseguradas pelos direitos fundamentais, oportuno referir que

elas foram, repito, uma arma defensiva; em 1789, contra o pretense absolutismo da monarquia capetiana (não é seguro que ela merecesse esse qualitativo); ou, em 1948, contra o fantasma de Hitler: contra as ditaduras de todos os tipos. Geralmente, um remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça. Quem pretenderia ficar alheio a essas justas causas e não teria vergonha de dissociar da *Anistia Internacional*? Uma vez que hoje a informação é universal, é difícil ignorar a sorte dos mortos de fome de Calcutá, das torturas de El Salvador e dos dissidentes soviéticos. Há a Polônia. Em toda parte, a insuficiência das leis. Os direitos humanos seriam o recurso. Essa idéia relativamente nova talvez seja nossa única esperança de arrancar o direito da esclerose, e o único instrumento de seu progresso. Para combatê-la, só se encontrariam imbecis reacionários?¹⁴⁸

Atualmente a classificação desses Direitos é feita em gerações, conforme sua natureza.

Os Direitos Fundamentais de primeira geração correspondem àqueles que limitam a atuação do Estado contra o cidadão, buscando assegurar a liberdade individual. Cobram atuação negativa do Estado (deixar fazer). Vinculam-se à liberdade de locomoção, vida, manifestação e expressão, dentre outros. Esses direitos foram concebidos de forma correlata e contemporânea ao declínio do Estado absolutista, visando limitar a atuação despota e a valorização do ser humano.¹⁴⁹

¹⁴⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5.

¹⁴⁷ Não esqueçamos que os direitos humanos são “operatórios”; que são úteis aos advogados de excelentes causas, protegem dos abusos do governo e da arbitrariedade do “direito positivo”. Se porventura riscássemos esse termo de nosso vocabulário, ainda seria preciso substituí-lo por outro menos adequado. Não sabemos qual. Este é nosso problema. *Ibid.*, p. 8.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴⁹ “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

A defesa da liberdade reflete-se diretamente no aspecto econômico, considerando a teoria de Adam Smith¹⁵⁰ e a máxima *laissez faire, laissez aller, laissez passer*¹⁵¹.

Nesse contexto histórico liberal, o que os cidadãos reivindicavam não era participação direta no governo, mas que o governo se abstinhasse de agir e não impusesse restrições à liberdade civil de trabalhar e ganhar dinheiro.¹⁵² Todas essas aspirações estavam de acordo com a implementação do sistema capitalista, com o liberalismo e com a democracia, em seu conceito contemporâneo.

Assim, como já referido, no Estado liberal a liberdade exigida do Estado era negativa, no sentido da abolição das restrições às liberdades individuais.¹⁵³ O cuidado dos negócios públicos ficava nas mãos de representantes para isto escolhidos em eleições, inaugurando a democracia representativa.

Estavam semeados os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na especialização de funções, fortemente influenciado pelo iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e na conseqüente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário. A supremacia da lei, portanto, reflete a transformação do papel do Estado (Soberano) na sociedade, bem como o papel do Direito/Lei enquanto meio de regulação estatal. A influência que este cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante.¹⁵⁴

Com a implantação da doutrina liberal, tomou fôlego a idéia de que todos os homens são iguais, de modo que lhes deve ser garantida a liberdade dentro dos limites da sociedade. A noção da existência da igualdade entre os homens acabou por determinar a necessidade de abstenção do Estado em intervir nas condutas individuais. Diante da igualdade formalmente

¹⁵⁰ Adam Smith desponta como principal autor liberal do contexto econômico. Através da Riqueza das Nações, defendeu a abstenção do Estado na economia, na medida em que as forças econômicas naturalmente encontrariam seu ponto de equilíbrio, dentro das variações normais de demanda, oferta e preço. A idéia da “mão invisível” que regula o mercado é a ilustração clássica da teoria de Smith. Cf. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

¹⁵¹ Literalmente: deixai fazer, deixai ir, deixai passar – traduzindo a ideologia de abstenção total do Estado, que deveria tratar apenas das questões indispensáveis para a própria manutenção da sociedade.

¹⁵² O projeto filosófico burgês-liberal-individualista exigia a maior liberdade possível aos cidadãos, de modo que pudessem exercer produtivamente seu ofício de modo a atingir a melhoria das condições sócio-econômicas dos indivíduos.

¹⁵³ Marinoni leciona que o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. Invocando Montesquieu, o autor refere que a lei deveria ser, ao mesmo tempo, clarividente e cega. Esse tratamento igualitário é que garantiria a liberdade dos indivíduos. MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

¹⁵⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan. O Estado de seus limites: reflexões sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. (Org.). *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 187.

existente¹⁵⁵, bastava a garantia da liberdade para que a sociedade evoluísse e encontrasse seu ponto de equilíbrio.

Logo após esse fluxo de liberalismo, calcado no individualismo e na valorização da pessoa humana - condição indispensável para o desenvolvimento da teoria dos Direitos Fundamentais - foi constatado que a simples garantia de liberdade aos cidadãos não era suficiente para promover o desenvolvimento social, na medida em que esse direito não alterava a situação fática da desigualdade na distribuição de renda e na garantia das condições mínimas de subsistência do ser humano.¹⁵⁶

A própria cidadania, no viés de possibilidade de participação dos processos de tomada de decisões que interferem na coletividade, viu-se ameaçada.¹⁵⁷

Assim, necessária a garantia de mais direitos aos cidadãos, para que possam exercer seus direitos na sociedade e sua liberdade de forma plena. Passou-se à identificação dos direitos de segunda geração, como correspondentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, vinculados à saúde, ao trabalho, à educação, dentre outros.

Esses novos valores acompanharam e viabilizaram a instauração do Estado de bem estar social (*welfare state*)¹⁵⁸, cuja implementação prática integral sequer ocorreu plenamente no Brasil.

Os Direitos de segunda geração visam à implementação do valor igualdade, admitindo que a simples garantia da liberdade não é suficiente à busca do bem comum, posto que os indivíduos, naturalmente são diferentes e, socialmente, experimentam diferenciação

¹⁵⁵ A igualdade, nesse modelo, fundamentava-se na concepção de que todos os homens são iguais e nascem iguais, independentemente de qualquer outro elemento social. Portanto, esse conceito de igualdade vai nortear a forma de implementação do direito à liberdade. Segundo o modelo liberal clássico, como cada cidadão é igual e tem iguais oportunidades (suposição do referido modelo), basta assegurar-lhes total liberdade na conduta de suas vidas que cada um acabará por atingir a condição pessoal que melhor pareça. Oportunamente será apreciada a crítica ao modelo, baseada na óbvia idéia de que os homens não nascem iguais, se considerado o contexto sócio-econômico de cada um. A partir daí tomam fôlego outras concepções de liberdade, baseadas na necessidade da garantia de igualdade formal mínima entre os cidadãos.

¹⁵⁶ É fato inegável que os homens nascem em condições de desigualdade. Biologicamente esse fato é explicado por fatores ligados à herança genérica e a outros fatores aleatórios. Economicamente não seria diferente, já que a lei da natureza é a da diferença entre os seres humanos, que, apenas considerando sua universalidade, são iguais.

¹⁵⁷ Rocha observa que os problemas de distribuição de renda economicamente definem a existência de duas classes: uma detentora da renda, do poder político e da vida boa, ligada a essas condições, e outra alienada, não apenas da renda e do poder político, mas também de tudo que está afeto à posse de recursos financeiros e, em especial, à educação adequada, que inviabiliza o acesso às vidas social e política e a aquisição da própria condição de cidadão. ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz, MORAES, Jose Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 20.

¹⁵⁸ Principalmente desenvolvido nos países centrais.

sócio-econômica acentuada. Identificam-se com a noção de direitos positivos de liberdade.¹⁵⁹

Ainda no rol de Direitos Fundamentais, há os de terceira geração, também identificados como direitos de solidariedade ou fraternidade¹⁶⁰, para a proteção da coletividade. Incluem a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, de modo a assegurar às gerações futuras as condições de desenvolvimento.

Ainda são admitidos Direitos de quarta geração¹⁶¹, ligados à globalização de direitos fundamentais, tais como o direito à democracia, ao pluralismo e informação e os direitos de quinta geração, ligados à bioética e à cibernética e espaços virtuais, cuja classificação não é unânime na doutrina.

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. [...] Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de

¹⁵⁹ “O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’ [...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

¹⁶⁰ Os direitos de terceira geração, juntamente com os de segunda e primeira gerações encerrariam o ideário da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. A liberdade é retratada na primeira onda de direitos fundamentais - liberdade e eliminação do Estado como agente opressor -; a igualdade vem como condição da cidadania e como forma de assegurar oportunidades menos desiguais àqueles que vivem em condições naturalmente desiguais, repercutindo diretamente na esfera econômica. Os direitos sociais, econômicos e culturais buscam assegurar as condições mínimas de subsistência para todos os cidadãos, seja de que classe forem. Por fim, os direitos ligados ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, ditos de fraternidade, relacionam a garantia das gerações futuras.

“os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpra referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.” Ibid., p. 48.

¹⁶¹ “é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. [...] há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, que, com sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. [...]” Ibid., p. 50

todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.¹⁶²

Nessa concepção, o binômio liberdade-igualdade (entendendo o último termo como garantia do mínimo de condições de subsistência a cada cidadão) deixou de ser analisado de forma segmentada ou com foco unidirecional (tanto com ênfase na liberdade quanto na igualdade), sendo identificado que sua implementação somente pode ser levada a efeito de forma conjunta.

Hoje, não mais se fala na dicotomia ‘direitos negativos (de abstenção) e direitos positivos (de prestação)’. Há uma imbricação inevitável entre ambos. Não se tem assegurada a liberdade de manifestação sem o acesso ao conhecimento, exemplificativamente. Não se é livre passando fome. E é nesta perspectiva que emergem os problemas de efetivação dos direitos à – educação, saúde, moradia etc.¹⁶³.

A simples garantia da liberdade não resulta em nenhum resultado prático positivo se não houver condições mínimas de exercício da independente da vontade. Os direitos sociais têm essa conotação. De nada adiante assegurar o direito à participação democrática se os cidadãos não têm condições de fazer escolhas ou se não há escolhas factíveis.¹⁶⁴

Por outro lado, a garantia da igualdade sem liberdade também não se adapta ao conceito moderno de evolução e garantia dos direitos fundamentais. Exemplos disso são os Estados democráticos (socialistas ou comunistas) que se desenvolveram ao longo do século passado, com pífios resultados em termos de bem estar social.¹⁶⁵

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 84.

¹⁶³ MORAIS, Jose Luis Bolzan. O Estado de seus limites: reflexões sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. (Org.). *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 186.

¹⁶⁴ A defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de evitar a interferência. Ameaçar um homem de perseguição caso ele não se submeta a uma vida em que não escolhe seus objetivos; bloquear à sua frente toda porta exceto uma, não importando a nobreza da perspectiva para a qual aber ou a benevolência dos motivos dos que arranjaram tal coisa, é pecar contra a verdade de que ele é um homem, um ser com vida própria a ser vivida. BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2002. p. 234.

¹⁶⁵ Ao contrário do que querem fazer crer os que tratam dessa dicotomia, a questão liberalismo x democracia ou liberdade x igualdade não se apresenta no ponto de vista prático, na medida em que a democracia não prescindia implantação do liberalismo, como forma de assegurar as limitações do Estado para com os cidadãos, afastando o despotismo.

Boa parte dos que defendem a prevalência da igualdade sobre a liberdade tem fundamento em Marx, conquanto sejam defensores do regime socialista, que, pressupondo a coletividade dos meios de produção, viabilizam a implementação da igualdade.

A eliminação da sociedade de classes faz com que a liberdade individual seja substituída pela liberdade coletiva, no sentido da população fazer suas próprias escolhas, bem como no conceito de igualdade. Contudo, a liberdade individual fica tolhida, pois a vontade da maioria prevalece.

Assim, o modelo que assegurava a liberdade total e pressupunha a igualdade entre os cidadãos acabou sucumbindo, pois é evidente que os cidadãos não nascem, crescem ou morrem iguais entre si. A abstenção do Estado da economia acabou por perpetuar a desigualdade já existente, garantindo que, salvo raras exceções, não houvesse alteração no panorama da dicotomia entre classe dominante e classe dominada.

A falência do Estado foi patente a partir do momento em que não pôde fomentar pacificação social, considerando o objeto da redução dos conflitos entre as classes.

A superação do Estado Liberal e dos valores de liberdade e igualdade formal deu lugar à prevalência dos valores da igualdade material e fraternidade, ensejando uma reviravolta na organização estatal no que tange à busca do bem-estar coletivo.¹⁶⁶

O Estado Liberal, contudo, exerceu papel preponderante como marco para o desenvolvimento estatal e social para a concretização e desenvolvimento dos Direitos Fundamentais.

De qualquer modo observa-se que os conceitos de cidadania, democracia, igualdade e liberdade entrelaçam-se e completam-se como objetivos da sociedade. Todo esse contexto

Atualmente se trava uma discussão entre o grau de liberdade na sociedade, em relação às garantias asseguradas pelos sistemas liberal e democrático. A questão refere-se à possibilidade da democratização de regimes liberais (com a implantação do sufrágio universal ao nivelamento das propriedades) e à possibilidade de liberalização de regimes democráticos, sendo essa última hipótese negada veementemente pelos defensores do comunismo.

Em especial, a conveniência da implementação da igualdade nos regimes liberais é facilmente admitida, mas, ao contrário, a liberalização dos regimes democráticos é atacada como ineficaz, sob a alegação de que o regime democrático não carece dos mecanismos e garantias assegurados pelo liberalismo.

No plano prático, a democratização de regimes liberais foi implementada, através da democracia formal, mais ampla e difusa (sufrágio universal, sistema representativo, princípio majoritário) e a democracia substancial, mais tímida, menos ampla (e, ainda hoje, distante de realizar-se, mesmo nos países mais avançados).

Ocorre, que, segundo Bobbio, a democratização não deve ocorrer em prejuízo dos princípios liberais, mas antes disso, como integração do liberalismo clássico, um avanço do princípio de liberdade, e que, por isso, os novos institutos da democracia formal e substancial não deveriam suplantar àqueles próprios dos regimes liberais (que se resumiam na garantia jurídica de alguns fundamentais direitos de liberdade).

A democracia pura, desrespeitadora dos princípios clássicos do liberalismo, necessariamente se transformaria em regime não-liberal e despótico. Nesse mesmo contexto, a necessidade da liberalização dos regimes democráticos se revela da maior necessidade, como forma de combater os abusos do poder e assegurar a observância dos direitos fundamentais.

O problema da democracia não-liberal é tão real quanto era na época da restauração, o problema de um liberalismo não-democrático. O ataque às liberdades fundamentais, não raro, passa por vários espectros, incluindo a liberdade de pensamento e imprensa, divisão dos poderes, pluralidade dos partidos e a tutela de minorias políticas.

Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 276 e ss.

¹⁶⁶ Oportuno observar que a evolução a partir do Estado Liberal é bem mais complexa do que se pode examinar no presente estudo, considerando seu escopo.

Sobre o tema conferir: Adicionar as seguintes referências:

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

decorre originalmente do liberalismo, que assegurou a reunião dos requisitos para o crescimento dessa teoria. A base nessa teoria propõe a limitação do poder do soberano, através de leis gerais e abstratas.

Outro elemento que foi indispensável ao desenvolvimento do Estado Liberal e que lhe serviu de instrumento foi o positivismo, baseado na pressuposição de que o ordenamento jurídico poderia ser completo e abarcar todos os casos da vida real. Nesse aspecto, buscava-se a aplicação da “letra da lei”, afastando a possibilidade de interpretação, com o intuito de limitar a liberdade do Poder Judiciário, o que a doutrina chamou de positivismo.

A organização da legislação segundo ordem hierárquica a que o Estado também estava submetido atendia ao critério lógico-formal típico do Estado liberal, sendo assegurado o simples tratamento igual dos cidadãos (no sentido de liberdades negativas).

A função do ordenamento no Estado liberal e no Estado democrático também sofre o influxo da modificação do foco para a igualdade (liberdades positivas).

O próprio processo passou a refletir as influências desses novos valores incorporados ao conceito de Estado, sofrendo alteração significativa em vários de seus dogmas. A noção dispositiva do processo, enquanto instrumento ao dispor das partes para a composição do litígio, deu lugar à noção de processo como instrumento de pacificação social, visando não reconstruir no processo os mesmos elementos socioeconômicos típicos da sociedade capitalista, mas construir o processo a partir do conceito de igualdade material, como zona de exercício da cidadania.

A figura da igualdade material toma lugar e sua garantia não pode ser implementada senão através de práticas que restabeçam as partes a condições de igualdade. Os papéis da legislação processual e do próprio juiz sofrem severas modificações, na medida em que o litigante em condições fáticas desfavoráveis passa a ser tratado de forma diferenciada.

A noção de hiposuficiência ganha ênfase e a promoção da igualdade é identificada na proliferação de legislação e doutrina que assegura o tratamento diferenciado das partes, na medida de suas desigualdades, como forma de assegurar a igualdade material no processo.

Até então o juiz exercia papel de isenção e de mero observador das partes¹⁶⁷, que possuíam total liberdade na atuação processual, desde que observadas as regras do processo. Segundo a visão liberal, bastava ao processo e ao juiz assegurar a liberdade de atuação das partes (devido processo legal – em termos de assessoramento profissional, exercício do direito

¹⁶⁷ Ao juiz, na concepção liberal, incumbia estipular regras gerais sem considerar a condição pessoal dos litigantes, como forma da garantia da isenção e imparcialidade. A desigualdade econômica, intelectual e social não era elemento que interessasse ao processo.

de prova, do direito de petição, contraditório) para que o mote do processo fosse atingido.

Com o direito à igualdade assumindo sua posição histórica (ao lado da liberdade e da fraternidade), a legislação e o juiz passaram a ocupar posição distinta na sociedade, sendo responsáveis, ativamente, pela promoção da justiça e paz sociais.

3 PROCESSO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Os Conflitos Sociais e os Mecanismos Jurídicos para sua Resolução

A própria coexistência enseja a ocorrência de conflitos de interesses entre os indivíduos. Veja-se que a litigiosidade é uma das características marcantes do Estado pós-moderno¹⁶⁸, mas remonta à origem da própria teoria social.

No contexto da modernidade, o Estado assumiu várias obrigações positivas (de igualdade), que constituem desafio infinitamente maior do que no caso da assunção das obrigações negativas típicas do Estado liberal (de liberdade), ensejando o surgimento de mais conflitos, especialmente entre os cidadãos e o próprio Estado.

A realização dos direitos sociais é, com certeza, um dos problemas cruciais vinculados ao tema dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, sobretudo sob a fórmula do Estado Democrático de Direito. Um dilema que repercute os sucessos, limites e fracassos desde mesmo projeto de organização política, bem como põe em relevo as dificuldades de produção de sentido das normas constitucionais que veiculam tais conteúdos.¹⁶⁹

Simmel apresenta interessante ponto de vista para a modernidade, sustentando que ela é baseada em dois elementos: dinheiro e a metrópole.

O dinheiro viabiliza que as relações sociais se libertem da dependência de pessoas específicas, conquanto admitido como meio de troca universal. Assim, assegura que essa independência das relações sociais específicas acaba tornando o contato humano um contato comercial, destruindo a especificidade e gerando a impessoalidade nessas relações.¹⁷⁰

¹⁶⁸ “Tal conflituosidade mostra-se como resultante da própria democratização da sociedade – o que inclui um maior acesso à justiça, embora esta deva ser relacionada, ainda, com a desigualdade no conhecimento (não só acerca dos direitos reconhecidos aos cidadãos) e nas condições econômicas dos indivíduos – e como reflexo da fragilização do modelo do Estado Social, em sentido amplo. Esses fatores fazem emergir um conjunto cada vez maior de pretensões irrealizadas, as quais acabam por desaguar nos Tribunais, como estuários da irrisignação da cidadania, diante da inconsistência das políticas de bem-estar, das promessas incumpridas da modernidade, bem como daquelas todas contidas nos textos constitucionais conformadores de um projeto de sociedade marcadamente incluyente e voltada ao asseguramento e promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria ordem constitucional”. MORAIS, Jose Luis Bolzan. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 105.

¹⁶⁹ Ibid., p. 104.

¹⁷⁰ “As correntes da cultura moderna deságuam em duas direções aparentemente opostas: por um lado, na nivelção e compensação, no estabelecimento de círculos sociais cada vez mais abrangentes por meio de ligações com o mais remoto sob condições iguais; por outro, no destaque do mais individual, na independência da pessoa, na autonomia da formação dela. E ambas as direções são transportadas pela economia do dinheiro que possibilita, por um lado, um interesse comum, um meio de relacionamento e de comunicação totalmente universal e efetivo no mesmo nível e em todos os lugares à personalidade, por outro

A metrópole propõe seja o lugar onde a aglutinação de pessoas viabiliza a coexistência dos diferentes e o convívio e relativização das diferenças, entendidas como exercício do individualismo. Em face de tantas diferenças e do contato intensivo com elas, essas formas pessoais de existência tornam-se banais. O indivíduo, habituado à diversidade acaba indiferente a ela e incapaz de notar a novidade.¹⁷¹

O dinheiro e a vida na metrópole acabam potencializando os efeitos de cada um desses elementos individualmente considerados¹⁷², assegurando maior mobilidade pessoal, encurtamento das distâncias e a ampliação potencial do número de laços sociais. Reforçam o individualismo e as liberdades individuais, relativizando todos os valores sociais e libertando o homem dos laços da comunidade. A velocidade também caracteriza essa modernidade, refletindo-se nas relações sociais que se tornaram objetivas e impessoais – superficiais. Essa ambigüidade é inafastável: liberdade individual e impessoalidade, com instrumentalização das relações sociais.

O individualismo extremado e a superficialidade das relações interpessoais acabou agravando os conflitos sociais.

Freud já observava que nunca se pode evitar a solução violenta dos conflitos de interesses. A desigualdade inata e o instinto de destruição do homem sempre o arrastam, mais cedo ou mais tarde, para as soluções violentas.¹⁷³

Essa realidade já fora apreendida por Hobbes, quando sustenta que

lado, uma reserva maximizada, permitindo a individualização e a liberdade.” SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. Brasília: Unb, 1998. p. 29.

¹⁷¹ “Os mesmos fatores que assim redundaram na exatidão e precisão minuciosa da forma de vida redundaram também em uma estrutura da mais alta impessoalidade; por outro lado, promoveram uma subjetividade altamente pessoal. Não há talvez fenômeno psíquico que tenha sido tão incondicionalmente reservado à metrópole quanto a atitude ‘blasé’. A atitude blasé resulta em primeiro lugar dos estímulos contrastantes que, em rápidas mudanças e compressão concentrada, são impostos aos nervos. Disto também parece originalmente jorrar a intensificação da intelectualidade metropolitana. [...] Uma vida em perseguição desregrada ao prazer torna uma pessoa blasé porque agita os nervos até seu ponto de mais forte reatividade por um tempo tão longo que eles finalmente param de reagir. [...] Surge assim a incapacidade de reagir a novas sensações com a energia apropriada. Isto constitui aquela atitude blasé que, na verdade, toda criança metropolitana demonstra quando comparada com crianças de meios mais tranquilos e menos sujeitos a mudanças.” SIMMEL, George. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio G. (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 16.

¹⁷² “Sendo o equivalente a todas as múltiplas coisas de uma e mesma forma, o dinheiro torna-se o mais assustador dos niveladores. Pois expressa todas as diferenças qualitativas das coisas em termos de ‘quanto?’. O dinheiro, com toda a ausência de cor e indiferença, torna-se o denominador comum de todos os valores; arranca irreparavelmente a essência das coisas, sua individualidade, seu valor específico e sua incomparabilidade. [...] As grandes cidades, principais sedes do intercâmbio monetário, acentuam a capacidade que as coisas têm de poderem ser adquiridas muito mais notavelmente do que as localidades menores. É por isso que as grandes cidades também constituem a localização (genuína) da atitude blasé.” *Ibid.*, p. 16.

¹⁷³ EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Por que a guerra? indagações entre Einstein e Freud (cartas)*. [S.l.], 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/psicoeduc/psicanalise/por-que-a-guerra>>. Acesso em: 09 jan. 2012.

os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreva (o que, entre os que não têm um poder comum capaz de os submeter a todos, vai suficientemente longe para levá-los a destruir-se uns aos outros), por arrancar de seus contendores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e dos outros também, através do exemplo.¹⁷⁴

Uma das características da modernidade (assim considerado o período que inicia com a queda do feudalismo e com a Revolução Francesa, passando pelo fim da guerra-fria, pela queda do socialismo e estende-se até o presente momento) é o fim da divisão entre culturas de elite e de massa, o que importa em mudança de comportamento da sociedade¹⁷⁵. Os novos espaços de convivência e as novas tecnologias resultam em relações interpessoais cada vez mais complexas, o que se reflete também nas relações jurídicas. Os conflitos daí decorrentes são múltiplos e cada vez em maior número, clamando pela resolução. Os conflitos são intrínsecos ao convívio social e não são um mal em si, mas um meio de praticar a arte do consenso.

A liquefação dos valores tidos por sólidos é atestada por Bauman. Essa relativização de valores, característica da modernidade, acaba por liquefazer as certezas da sociedade, adaptando-se à lição de Simmel sobre a metrópole e a individualidade.

Bauman, sobre a questão, diz que

Ao ler o Ancien Regime de Tocqueville, podemos nos perguntar até que ponto os 'sólidos encontrados' não teriam sido desprezados, condenados e destinados à liquefação por já estarem enferrujados, esfarelados, com as costuras abrindo; por não se poder confiar neles. Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez *duradoura*, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável.¹⁷⁶

Os embates dentro da sociedade são fruto natural da limitação dos bens e a isso se somam à liquefação dos valores e a conflituosidade inerente à democracia e à pluralidade. A escassez dos bens faz com que não haja disponibilidade de recursos idêntica a todos os indivíduos, sendo necessária a criação de regras claras que assegurem padrão mínimo de

¹⁷⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 75.

¹⁷⁵ Sobre o tema conferir MORAIS, Jose Luis Bolzan. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 101-119.

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 09.

respeito mútuo, abrangendo, além da integridade física, o exercício do direito de propriedade.¹⁷⁷

Darci Ribeiro leciona que

a existência de conflitos dentro de uma sociedade é algo natural, pois existindo necessidades ilimitadas e bens limitados sua aparição é inevitável, salvo se pudermos limitar as necessidades dos homens ou ampliarmos os bens limitados, do contrário, o conflito é um produto natural da evolução da sociedade. Pois, o que não é natural nem saudável é a permanência do conflito dentro da sociedade não sua aparição.¹⁷⁸

Warat, oportunamente, apresenta outra dimensão dos conflitos, defendendo sua perspectiva construtiva:

o conflito possui aspecto positivo e pedagógico, tentando afastar a noção de conflito como litígio, com sua perspectiva negativa. Destaca que apesar de os operadores do direito acreditarem que o conflito deva ser evitado, essa concepção não corresponde à realidade, na medida em que o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo.¹⁷⁹

A própria subsistência da sociedade e a manutenção do Estado dependem da existência regras capazes de obrigar os indivíduos a atuarem em conformidade com as condições mínimas de convivência, bem como do exercício de poder capaz de resolver os

¹⁷⁷ Segundo Darci Guimarães Ribeiro

“Bem é, portanto, tudo aquilo capaz de satisfazer uma necessidade humana, no sentido mais amplo da palavra, isto é, quando os homens possuem necessidades, que são ilimitadas, procuram satisfazê-las através de bens adequados, que podem ser qualquer objeto do mundo exterior, inclusive o homem mesmo ou interior, como por exemplo, um sentimento, uma idéia. Esta variação de bens faz com que uns sejam limitados e outros sejam ilimitados.

Os primeiros, os bens limitados, possuem grande relevância para o estudo do direito, porque se as ‘necessidades são ilimitadas, e os bens são limitados, em um determinado momento necessariamente surgirá um conflito de interesses. Esta existirá quando duas ou mais pessoas tenham interesse pelo mesmo bem, o qual só poderá satisfazer a uma delas. Pertence à classe dos bens limitados qualquer objeto do mundo exterior, porque segundo Due “la mayoría de los bienes são ‘bienes económicos’, que existen em cantidades limitadas com relación a su demanda. La mayoría de los ‘bienes de consumo’ – los que satisfacen directamente as necesidades personales – no están disponibles en la naturaleza en la forma, lugar y tiempo deseados”.

Os segundos não apresentam nenhum problema para o estudo do direito, pois sendo ilimitados os bens, jamais haverá qualquer possibilidade de conflito entre dois ou mais interesses, por exemplo, se mais de uma pessoa tem a necessidade de rezar, esse feito não faz surgir nenhuma modalidade de conflito. São bens ilimitados quaisquer objetos do mundo interior.” RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25. Sobre o assunto, conferir, ainda, CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1951. p. 14 e DIEZ-PICAZO. *Experiências jurídicas y teoria del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1993. p. 11.

¹⁷⁸ O mesmo autor prossegue: Todo conflito dentro de uma sociedade tem seu aspecto positivo e negativo. O positivo é que dinamiza a sociedade e a faz evoluir, enquanto negativo se concretiza no fato de provocar tensão e gerar insegurança entre seus membros, podendo gerar uma situação violenta no momento de sua composição. RIBEIRO, op. cit., p. 27.

¹⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador: surfando na pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 61.

embates entre estes indivíduos.¹⁸⁰

Em face do desenvolvimento social (tecnológico, econômico, familiar, etc), a vida dos indivíduos torna-se mais complexa do que a vida em grupos de animais: nesse último caso, os desígnios instintivos são simples e visam satisfazer necessidades básicas e imediatas dos participantes desses grupos, enquanto, dentre os humanos a vontade liga-se à necessidade de prazer e traduz-se em mecanismos intrincados que acarretam grandes divergências entre os componentes da sociedade ou grupo, especialmente porque as necessidades (ligadas ao processo cognitivo) são infinitas, enquanto os bens disponíveis (que satisfazem essas necessidades) são finitos.

Essa demanda por bens que satisfazem as necessidades acaba por gerar conflitos de interesses, resolvidos, inicialmente, nos grupos de humanos¹⁸¹ (assim como nos grupos dos demais animais), pela violência.¹⁸²

Referindo-se aos naturais conflitos entre os indivíduos, Sousa pondera que

Assim, existem na natureza humana três causas principais de disputa: competição, desconfiança e glória. A competição impulsiona os homens a se atacarem para lograr algum benefício, a desconfiança garante-lhes a segurança e a glória, a reputação. A primeira causa leva os homens a utilizarem a violência para se apossar do pessoal, da esposa, dos filhos e do gado de outros homens; a segunda os leva a usar a violência para defender esses bens; a terceira os faz recorrer à força por motivos insignificantes, como uma palavra, um sorriso, um escárnio, uma opinião diferente

¹⁸⁰ “O contato com a justiça é temido, ao mesmo tempo em que a ela se recorre como último amparo contra a falta total de vínculos. O juiz é convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada.” GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 137.

¹⁸¹ Essa característica é apontada como Thomas Hobbes como inerente ao Estado natural (ou ausência de Estado), quando todos são iguais no medo recíproco, na ameaça, que paira sobre a cabeça de cada um, da morte violenta. Os homens igualam-se neste medo da morte. HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27.

O mesmo autor, em *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil* leciona que “desta guerra de todos contra todos também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. Se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que seus sentidos e paixões. São qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 77.

¹⁸² Portanto tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção. Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta. *Ibid.*, p. 76.

da sua ou qualquer outro sinal de subestima direta de sua pessoa, ou que se reflita em seus amigos, sua nação, sua profissão ou o nome de sua família.^{183 184}

Os métodos de solução de conflitos contam com longa evolução através do tempo. Transitam desde a lei do mais forte (autotutela - inerente ao estado de natureza hobbesiano¹⁸⁵), até formulas mais racionais e que minimizam os custos sociais¹⁸⁶, como a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela corresponde ao exercício do direito pelas próprias mãos, equivalendo ao direito do mais forte. O próprio sujeito busca, unilateralmente, fazer prevalecer seu interesse, impondo-o à parte contrária e à comunidade que o cerca.

Na autocomposição, o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem qualquer intervenção externa. Pode ser atingida através da renúncia, aceitação (resignação ou submissão) e pela transação.¹⁸⁷

Por fim, na heterocomposição, o conflito é resolvido através da ação de um agente exterior à relação original, que busca a solução por ele firmada, instigada ou favorecida. Ocorre pela jurisdição, arbitragem, mediação¹⁸⁸ ou conciliação.¹⁸⁹

¹⁸³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 95.

¹⁸⁴ Skinner observa que para Hobbes, ao contrário, é a nossa liberdade natural que constitui o principal e imediato obstáculo à nossa obtenção de qualquer uma das coisas que queremos da vida. Ele não apenas insiste que nossa liberdade é “de pouco uso e benefício para nós (Hobbes, 1969^a, 14, 10, p.72); prossegue argumentando, na mais forte oposição possível em relação à ortodoxia prevalente, que quem quer que “deseje viver em tal um estado tal, como sendo o estado de liberdade e de direito de todos com todos, se contradiz a si mesmo” (Hobbes, 1969^a, 14.12, p. 73)”. SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Trad. de Modesto Florenzano. São Paulo. Editora Unesp: 2010. p. 55.

¹⁸⁵ Paulo Nader leciona que em *Leviatã* (1651), o filósofo inglês partiu da crença no chamado status naturae, durante o qual os homens teriam vivido em constante medo diante das ameaças de guerra. Nessa fase que aconteceu à formação da sociedade não haveria em favor do status societatis se fizera por conveniência, pelo interesse em se obter garantia e tutela. NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 132.

Hobbes observa, ainda, que a paz é “um objetivo almejado pela sociedade, na medida em que os homens não podem esperar uma conservação duradoura se continuarem no estado de natureza, ou seja, de guerra, e isso devido à igualdade de poder que entre eles há, e a outras faculdades com que estão dotados. Por conseguinte o ditado da reta razão – isto é, a lei de natureza – é que procuremos a paz, quando houver qualquer esperança de obtê-la, e, se não houver nenhuma, que nos preparemos para a guerra”. HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36).

¹⁸⁶ A existência de critérios certos e previamente delimitados para a resolução dos conflitos traz certa previsibilidade para a solução das controvérsias entre os indivíduos e isso também se traduz em pacificação social.

¹⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 663, jun. 2002.

¹⁸⁸ Sobre o tema, a posição de Luís Alberto Warat citado por Marcelo Paes Menezes:

“A mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito e satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças. [...]

A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas

Mesmo a partir da implementação da autocomposição (desistência, renúncia ou transação), com sua evidente superioridade sobre a autotutela, ainda assim presente a parcialidade nas soluções, pois não havia óbice ao predomínio do mais forte, sendo que esse método era marcadamente desagregador e incompatível com a vida em sociedade. Surge, então, a necessidade da designação de terceiros alheios às partes e à lide para a resolução desses conflitos. Daí decorre o requisito histórico da neutralidade¹⁹⁰ do árbitro como direito das partes no Estado moderno.

A migração da solução de conflitos a terceiros imparciais¹⁹¹ surgiu como requisito para a aceitação desse método pelos próprios cidadãos. A solução dos conflitos era, em regra, feita por árbitros, sacerdotes ou anciãos, porta-vozes da vontade dos deuses ou titulares de conhecimento sobre os costumes do grupo¹⁹²

Grinover observa que

só mais tarde, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares, nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. E nasceu assim a *jurisdição*, atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, substituindo-se à vontade das partes. A jurisdição acabou absorvendo todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, tornando-se monopólio do Estado.¹⁹³

Dentre todos estes métodos nenhum se revelou mais apto à solução dos conflitos de interesses do que a jurisdição. A obrigação de o Estado arcar com a responsabilidade pela resolução dos conflitos decorre, diretamente, da vedação do exercício da autotutela.¹⁹⁴

são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor”. WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, citado por MENEZES, Marcelo Paes. A crise da Justiça e a mediação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

¹⁸⁹ Registra-se que nem todos os autores concordam com a inclusão da conciliação e da mediação nos casos de heterocomposição, havendo quem as inclua nas hipóteses de autocomposição. Sobre o tema, conferir DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 663, jun. 2002.

¹⁹⁰ A questão referente à neutralidade/imparcialidade será oportunamente apreciada.

¹⁹¹ De acordo com a doutrina atual sobre as características do julgador para atingir julgamento justo.

¹⁹² Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Inafastabilidade do controle judicial e uma nova modalidade de autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo*, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Antes do desenvolvimento do Estado, no período de prevalência do feudalismo, cada senhor possuía seus critérios de concretização da justiça, situação totalmente distinta da jurisdição atribuída ao Estado.

O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite. A soma destas duas conseqüências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos aqueles que necessitam de justiça, sendo assim, desde que o Estado monopolizou a distribuição da justiça se comprometeu, como conseqüência direta deste monopólio, a garantir e assegurar a proteção daqueles indivíduos que necessitem dela. [...] Chamamos esta promessa de proteção jurídica de pretensão à tutela jurídica.¹⁹⁵

Historicamente o julgamento das controvérsias, desde que atribuída ao Estado, ficava limitada à declaração do Direito, cabendo à própria parte o cumprimento da sentença. Com o desenvolvimento do Estado moderno, o poder de coerção passou a ser seu monopólio, consistente no exercício da violência institucionalizada.¹⁹⁶

A evolução do Estado¹⁹⁷, especialmente no século das luzes¹⁹⁸, impôs a vinculação do sistema de resolução de controvérsia ao critério lógico-formal, afastando os mecanismos baseados na força ou em critérios aleatórios, privilegiando, assim, o racionalismo.

Especialmente a partir do desenvolvimento das unidades nacionais, o Estado avocou

¹⁹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

¹⁹⁶ Segundo Bordieu, a entrada da lide “en el universo jurídico va acompañada de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que es el objeto en litigio, debido a que dicha entrada implica la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico. [...] Entrar en el juego, aceptar jugar el juego, de remitirse al derecho para solucionar el conflicto, es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria. También, y sobre todo, significa reconocer las exigencias específicas de la construcción jurídica del objeto: havida cuenta que los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica (y no la inversa), una auténtica traducción de todos los aspectos del ‘assunto’ es precisa para ‘ponera causam’, como decían los Romanos, para constituir el objeto de controversia en tanto que ‘causa’, es decir, en tanto que problema jurídico apto para convertirse en el objeto de debates jurídicamente reglados y para retener todo lo que, desde el punto de vista de un principio de pertinencia jurídica, merezca ser enunciado; y de eso sólo lo que pueda valer como hecho, como argumento favorable o desfavorable, etc”. BORDIEU *apud* GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36.

¹⁹⁷ Hobbes leciona que “a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equívale a dizer: designar um homem, ou a uma assembléia de homens, como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquela que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: ‘Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações’. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim, civitas”. HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1998. p. 105.

¹⁹⁸ Referência dos doutrinadores à época do iluminismo.

o poder da resolução dos conflitos entre os cidadãos, bem como o poder coercitivo, tudo através da jurisdição¹⁹⁹. Trata-se do controle interno da atuação dos cidadãos, criando códigos de conduta capazes de minimizar os efeitos decorrentes dos embates entre os componentes da sociedade.

A repulsa à autotutela fica clara a partir da aplicação de princípios ligados à igualdade e à existência de regramento pré-existente para regular as relações entre os indivíduos, caso em que a legitimidade da pretensão não depende do poder do litigante.

O Estado Democrático de Direito tem por características a comunicação dialética e o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, especialmente dos direitos de liberdade e igualdade, assumindo a obrigação da tutela suficiente desses direitos.

Os próprios direitos de liberdade e igualdade ficam fulminados quando admitida a utilização da força na solução dos conflitos, na medida em que apenas a lei pode limitar esses direitos (se cada particular puder concretizar seu direito por suas próprias forças e à sua maneira, todo o objetivo do Estado Moderno fica frustrado). Assim, apenas excepcionalmente a autotutela é admitida como método de resolução de conflitos de interesse, especialmente em face de sua rara admissão no ordenamento jurídico (ligada à legítima defesa e às relações possessórias).

Quanto ao exercício do poder coercitivo na condição de monopólio estatal, Calamandrei destaca que “la historia de la lucha contra la autodefensa es la historia del Estado y de la misma civilización humana”²⁰⁰.

Diante do objetivo de afastar o arbítrio do governante e da necessidade da garantia dos Direitos Fundamentais, o Estado acabou por dividir suas funções ou poderes em três esferas: administrativa, legislativa e jurisdicional, sendo que essa última corresponde à jurisdição.

A jurisdição, assim, passa a integrar a essência do Estado e a cumprir função primordial para a subsistência da própria sociedade moderna.

¹⁹⁹ Para Chiovenda, jurisdição é "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". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 03. Já Carnelutti define jurisdição como “a função de busca da justa composição da lide”. CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952. v. 2, p. 62.

²⁰⁰ CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1986. v. 1, p. 224.

3.2 Jurisdição e o papel do Poder Judiciário

A teoria clássica da tripartição dos poderes, cujo desenvolvimento final é atribuída a Montesquieu (que passou estudar o pensamento de Locke) inspirada na doutrina liberal, teve por objetivo colaborar na transição do Estado absolutista para o Estado liberal, propondo alteração no panorama de atuação estatal e no estabelecimento de novos direitos para a atuação dos indivíduos, especialmente em face do próprio Estado.²⁰¹

No contexto histórico posterior à Revolução Francesa as teorias do Estado visavam à limitação dos poderes e a manutenção das garantias individuais, impedindo que as decisões sobre a atuação do Estado e a execução desses objetivos fossem reunidas em única pessoa ou órgão, assegurando a manutenção dos Direitos Fundamentais²⁰² e dificultando as práticas arbitrárias pelos representantes do Estado.

Ao invés de um centro único, correspondente ao rei, o poder estatal passou a ser dividido entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa nova concepção buscava a divisão das atribuições entre os três poderes, de modo a evitar os abusos e a privilegiar a eficiência, em face da especialização de cada órgão em suas funções.

Ao Poder Legislativo incumbiu a função da elaboração das leis - normas gerais e abstratas; ao Poder Executivo, a administração do Estado; e ao Poder Judiciário, coube o exercício da jurisdição, sendo que a atuação de cada poder era prevista como relativamente independente, num sistema de “freios e contrapesos”²⁰³.

Portanto, admitida a prevalência da lei e a tripartição dos poderes como pontos pacíficos na organização do Estado, algumas considerações precisam ser feitas quanto à efetividade e conveniência na divisão dos poderes entre o Legislativo e o Judiciário.

²⁰¹ Antes de Montesquieu, Locke já havia identificado a divisão dos poderes do Estado em quatro funções e dois órgãos do poder: a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Entretanto, a função exercida pelo rei acumulava uma função federativa, a tratar de questões de segurança, como guerra e paz e de ligas e alianças. Uma outra função atribuída ao rei era o poder de fazer o bem público sem subordinar a regras, o que, ainda assim, viabilizava a atuação absolutista do soberano.

²⁰² É oportuno ressaltar, evitando equívoco comum, que o liberalismo, enquanto teoria (afastando a idéia de liberalismo econômico) tem por fundamento a garantia das liberdades individuais, coincidia com os anseios da burguesia.

Contudo, há que observar que a implantação do liberalismo é condição básica para o desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem e condição sem a qual não teríamos, atualmente, a formação de toda a doutrina de garantia de direitos sociais, políticos e de liberdade. Nesse sentido, Bobbio, Noeberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 283.

²⁰³ Em seu estudo Montesquieu deixou bem claro que todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, chegando à conclusão de que a soberania pertence ao cidadão e não àqueles que exercem o poder. Considerando que os seres humanos são propensos à corrupção e ao abuso de poder, é proposta a teoria dos freios e contra-pesos, na qual, os poderes constituídos deveriam criar meios para evitar o mau uso do poder por parte daqueles que o detém, através dos freios necessários para a proteção de todos. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

Na concepção inicial, a incumbência da criação da lei foi atribuída ao Legislativo, cabendo ao Judiciário tão-somente a aplicação da lei. Nessa concepção, não seria inviável a “interpretação” da lei (no sentido de extrair-lhe o sentido), prevalecendo a noção de que a lei é clara e que cabe ao juiz apenas obedecer ao seu sentido gramatical.²⁰⁴

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a concepção da aplicação da lei aos casos concretos através do recurso à literalidade

Espelha uma ideologia que liga a liberdade política à certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.²⁰⁵

No contexto inicial do Estado liberal e da tripartição dos poderes, ao Poder Judiciário coube apenas o exame dos fatos e a aplicação da lei, com total restrição à atividade criativa. Trata-se da aplicação do juspositivismo em sua maior extensão.

O positivismo foi o responsável pelo posterior distanciamento entre Direito e justiça, considerando a preponderância dos textos escritos e suas interpretações sobre a moral e a ética. Pressupunha que o ordenamento jurídico fosse completo e capaz de disciplinar todas as possibilidades da realidade, ignorando a distinção entre texto e norma. Essa doutrina sustentava que a interpretação era desnecessária quando o texto da lei fosse claro, como se as palavras fossem mais que signos com sua representatividade.

Bobbio sustenta que

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade* visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro,

²⁰⁴ O juiz era encarado como a boca da lei, lhe sendo vedada qualquer interpretação ou construção que se afastasse do sentido gramatical da legislação. Nesse sentido, MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160. Essa concepção, como referido supra, devia-se, em grande parte, à desconfiança que a burguesia tinha em relação aos juízes, os quais eram, no período feudal, nomeados pelo senhor das terras e tinha, portanto, forte relação com a aristocracia. Assim, subordinando a atuação do Poder Judiciário à lei, criada pela própria sociedade, estaria concebida forma de controle da própria atividade jurisdicional.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. [...]

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.²⁰⁶

A concepção adotada como científica, de compreender o Direito como ele é e não como ele deveria ser, acabou fixando-se na objetividade da realidade e relegando a segundo plano seu potencial transformador e para o futuro, resultando no esquecimento do elemento valorativo de seu conteúdo.

A substituição da justiça e da moral pelo simples teor da lei ensejou uma das maiores crises no Direito, com reflexos até os dias atuais.

Ainda hoje discute-se a aplicação literal da lei, desconhecendo, em boa parte da cultura jurídica, que o sentido da lei deve ser reconstruído a partir de seu teor, mas com vistas na estrutura do Direito. A lei não encerra o Direito sendo apenas um de seus componentes.

Para a doutrina juspositivista, a relevância e aplicabilidade da norma depende do binômio validade/invalidade, que nenhuma relação tem com a dicotomia justiça/injustiça. Sendo a norma válida, tem aplicação, independentemente de ser justa ou não. Por outro lado, sendo a norma justa, sua aplicação fica afastada acaso haja invalidade.²⁰⁷

Contudo, Amilton Carvalho questiona:

Se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel sujo', pois é quem garante a efetivação da injustiça.²⁰⁸

A norma é a prescrição orientadora da conduta humana, que não se confunde com a lei, sendo, esta última, apenas o retrato da norma através do recurso lingüístico. A lei é concebida a partir do conjunto de sinais que pretende a formação de sentido²⁰⁹. Esse sentido

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

²⁰⁷ Nesse sentido BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 137.

²⁰⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 30.

²⁰⁹ "todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu 'conteúdo', como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. *Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se chegaria à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico*. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas." SALDANHA, Nelson. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 10, p. 203, 2000.

somente pode ser construído a partir da pré-compreensão²¹⁰ do observador referente à realidade e ao Direito.

Canotilho observa, quanto à interpretação constitucional, que

o recurso ao texto para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o sinal linguístico; a norma é o que se revela ou designa.²¹¹

Humberto Ávila refere que

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.²¹²

No mesmo sentido, Streck destaca que

é evidente que não há só textos. E textos não são meros enunciados linguísticos. O que há, então, são normas resultantes da interpretação de textos (que dizem respeito a algo existente no mundo da vida). Ou seja, *também não há somente normas, pela simples razão de que nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito.* [...]

Desse modo, interpretar não é colocar capas de sentido aos ‘casos’; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural, ‘desontologizada’ (ontologia entendida aqui não no sentido clássico, mas, sim, como ontologia fundamental calcada nos dois teoremas fundamentais que a sustentam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico). Os ‘casos’ já são – e somente são – jurídico-concretos. *Com isto, é possível ultrapassar também o problema do suposto fundamento (metafísico) do conhecimento* (veja-se, para tanto, o insuperável trilema

²¹⁰ “Uma das mais importantes contribuições da hermenêutica filosófica contemporânea para a teoria e a sociologia do conhecimento foi a consolidação do entendimento de que a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um *pré-conhecimento* daquilo que se pretende compreender, pelo que, desde o início e até o final do processo cognitivo, toda interpretação, embora não chegue a ser determinada, em larga medida é guiada pela pré-compreensão do intérprete. Nesse sentido, afirmou Martin Heidegger, em lição que parece definitiva: A interpretação de algo funda-se, essencialmente, numa *posição prévia, visão prévia e concepção prévia*. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”. MENDES, Gilmar et. al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 15-16.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.143.

²¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 22.

de Münchhausen). O próprio fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa. É, pois, *applicatio*.²¹³

Portanto, a tese da completude do ordenamento jurídico e da negativa, ao juiz, do poder de interpretar a norma atribuindo-lhe sentido ficam superadas.²¹⁴

François Rigaux observa que, de qualquer maneira

O juiz é, por múltiplas razões, coagido a fazer obra criadora. Primeiro, porque toda norma tem necessidade de ser interpretada. Depois, porque nenhuma codificação poderia prever a diversidade das situações da vida, e a previsão do mais sábio dos legisladores é frustrada pelo progresso das técnicas, pela modificação das condições econômicas e sociais, pela evolução dos costumes e pela variação moral resultante disso.²¹⁵

O fato é que as modernas teorias refutam a divisão da aplicação do direito a momentos distintos, como classicamente ocorre através da hermenêutica clássica: *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*.

Essa divisão corresponde, respectivamente, à compreensão, interpretação e aplicação, como se a *applicacio* do Direito pudesse ocorrer em momentos distintos. A moderna hermenêutica busca demonstrar que a concreção da norma ocorre em momento único e que o texto já traz em si a norma, em face da pré-compreensão de seu teor.²¹⁶ A partir daí inicia a tarefa da construção da norma como resposta mais adequada ao caso, mas sem desconhecer o sentido do texto, encerrando o círculo hermenêutico.²¹⁷

Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em ‘textos jurídicos’. *O texto não existe em si mesmo*. O texto — que só é na sua norma — só se complementa no ato interpretativo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá, sempre, uma norma*.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. [S.l.]. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2012.

²¹⁴ Assim, “a lei torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

²¹⁵ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 240.

²¹⁶ “[...] ninguém está a advogar uma noção ingênua e simplista de que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao de verdades metafísicas. A resposta correta, ao contrário, está no esforço de *descobrir* os direitos relativos às partes, em oposição à idéia de *inventá-los*. Dworkin fala das “práticas que são parte do nosso processo legal”, enquanto Gadamer diz que, quando o juiz pretende adequar as leis às necessidades do presente, tem diante de si uma “tarefa prática” (praktische Wissenschaft). O que não quer dizer, acrescenta Streck, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, uma invenção”. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119.

²¹⁷ Sobre essa questão conferir STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 184 e ss.

Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou 'independência') entre ambos (texto e norma)*. Com efeito — e permito-me insistir neste ponto —, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Na verdade, o texto não subsiste *como* texto; *não há texto isolado da norma!* O texto já aparece na 'sua' norma, porque não interpretamos por partes; interpretar é aplicar (*applicatio*). O sentido do texto (que é a sua norma) ex-surge do processo de atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, *não existe um processo de discricionariedade do intérprete*, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos.²¹⁸

Todo este esforço sobre a hermenêutica jurídica vem corroborar que a compreensão do juiz como boca da lei encontra-se definitivamente superada.²¹⁹ Quanto a esse compreensão, Cappelletti observa que

o verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.²²⁰

A construção da norma clama pela participação do juiz nessa tarefa²²¹ e isso deve ser feito em conformidade com o Direito, a fim de afastar a discricionariedade.²²²

Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica um poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar. Essa insuficiência se torna particularmente visível numa sociedade tão desigual e conflitiva como a brasileira, cuja ordem jurídica é reconhecidamente 'polissêmica'. Ou seja, uma ordem repleta de conceitos tópicos, indeterminados e programáticos, destinados a dar a sujeitos de direito desigualmente situados, em termos sócio-econômicos e geo-ocupacionais, a (falsa)

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. [S.l.]. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2012.

²¹⁹ O juiz [...] “permanece aqui para lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade. Essas promessas, os juízes as preservam, mas não as tem atadas: eles são delas testemunhas, garante e guardião. Elas lhe foram transmitidas, eles as ouviram e as relembram, se necessário for, àqueles mesmos que lhes conferiram essa responsabilidade: como poderíamos reprová-los por isso?” GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 270.

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 21.

²²¹ “a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas.” *Ibid.*, p. 26.

²²² “[...] a partir de sua situação hermenêutica, e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão, o intérprete produzirá este sentido. É evidente que ele não é livre para dizer o “sentido que melhor lhe aprouver”, o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofisticada. O sentido necessariamente exsurgirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico, isto é, no seu “sentido ontológico-existencial”, e não meramente “ôntico-existencial”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

idéia de um ‘acabamento’ lógico, harmonioso, uniforme e unívoco de um sistema legal formalmente concebido como sendo capaz de traduzir ‘interesses comuns’ a partir de uma ‘vontade geral’.²²³

Cappelletti observa, ainda, que

Reconhece-se o fato de que todo ato de interpretação tem ‘[...] certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha [...]’, o que ‘[...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete’.²²⁴

Reconhecendo que o juiz assume a função também criadora do Direito ou construtora do sentido da norma, há admitir certa coincidência entre a atribuição do Legislativo e Judiciário, fulminando a clássica divisão entre as atribuições institucionais de criar e aplicar a Lei. Toda a construção do modelo de tripartição dos poderes de Montesquieu acaba ruindo em função da pressuposição da distinção estanque de atribuições, especialmente no que tange à criação do Direito, orientada pela Constituição e pelos Direitos Fundamentais.

Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de uma maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui frequente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos –, está alinhado com os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.²²⁵

A noção de que a atuação do Poder Judiciário restringia-se à aplicação da Lei acaba superada, mas não sem prejuízo das discussões sobre exercício do Poder, democracia e discricionariedade na perspectiva da arbitrariedade.

A explicitação da resposta de caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito. A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão.²²⁶

²²³ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Os direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 6.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 23.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: SAFE, 1989. p. 22.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 25, p. 144, jul./dez. 2007.

Atribuindo ao Judiciário a dupla função de construir o sentido da norma e de aplicá-la²²⁷, abre-se espaço para abusos de direitos. Oportuno ressaltar que toda a estrutura estatal tem por objetivo a divisão dos poderes entre entidades distintas, de modo que haja sistema de freios e contrapesos que impeçam a atuação arbitrária de quaisquer dos titulares dos poderes estatais.

Discrecionariade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.²²⁸

Assim, conforme a moderna doutrina, fica incontestado a atribuição do poder criador do Direito ao Judiciário. A forma de assegurar que a atuação do juiz em conformidade com os interesses do Estado Democrático é garantida através da força normativa da Constituição e da aplicação da garantia dos Direitos Fundamentais.

Parte da doutrina inclina-se, ainda, sobre a obrigatoriedade da observância da tradição das decisões (jurisprudência) na construção das sentenças, de modo a assegurar a aplicação desse vetor da construção do Direito.

Nesse sentido, a preciosa lição de Dworkin (Law's Empire), ao lembrar que quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa 'conduta interpretativa', o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto.²²⁹

Assim,

sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro

²²⁷ Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas." CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 5.

²²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 23-24.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 217.

da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta de um ‘grau zero de sentido’.²³⁰

François Rigaux destaca que

Os juízes sempre fizeram aquilo que o vemos mais claramente praticar hoje. Ocorre que seu papel ganhou mais amplitude e os métodos de interpretação ficaram mais maleáveis em consequência de evoluções sociais que nem o legislador nem o poder judiciário puderam dominar e aos quais tiveram, tanto um como o outro, de se adaptar. [...] Os juízes só exercem com moderação sua liberdade de interpretação, e foi isso que permitiu às teorias do direito mais influentes dar uma margem tranqüilizadora da ‘submissão do juiz à lei’ ou do caráter excepcional dos ‘verdadeiros’ problemas de interpretação, abusivamente limitados aos textos obscuros e ambíguos.²³¹

E prevendo a possibilidade de arbítrio nas decisões judiciais, no contexto de criação do Direito pelo juiz, o mesmo autor arremata:

[...] a idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou a equidade do magistrado. Não é impossível que certos juízes trabalhem dessa maneira, mas não é papel da doutrina encoraja-los ou aprova-los. Se a razão prática tem um sentido, é o de orientar a ação e, no caso dos profissionais do direito, o de preparar e levar a seu termo os conselhos que dão ou as decisões que determinam. Não se raciocina corretamente, nem decentemente, tarde demais.²³²

Retomando a questão da tripartição dos poderes, especialmente a função do Poder Judiciário, há observar que, do ponto de vista processual e de seus reflexos no mundo real (em oposição ao mundo jurídico), o poder referente à utilização institucionalizada da violência e à aplicação do Direito foi atribuída ao Poder Judiciário.

Isto nos faz pensar sobre a necessidade da criação do processo. O mesmo foi forjado com a finalidade de impedir que os sujeitos agissem por seus próprios meios, afastando a autotutela. Para isso, foi estabelecida a necessidade de recorrer ao Estado – o detentor da jurisdição–, para que este outorgasse, protegesse ou restabelesse o direito a quem o tivesse.²³³

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

²³¹ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 342.

²³² *Ibid*, p. 72.

²³³ PINHEIRO, Carolina de Martins. *Escuta criativa: sobre a possibilidade de uma justiça moderna e democrática*. Em 1º Prêmio Novas Idéias para a Justiça. Brasília: SINDJUSDF, 2006. p. 21.

A mesma autora, prossegue, antevendo o objeto que será oportunamente tratado no presente trabalho: O processo, assim, ao tentar impedir a vitória do mais forte para garantir uma boa convivência social, acabou criando mecanismos que ameaçam o acesso à Justiça dialógica, ou seja, à oralidade e à escuta.

Veja-se que nesse contexto, o processo passou a ser o meio de resolução de conflitos escolhido pelo Estado para a manutenção da ordem na sociedade, independentemente dos tipos de direito objeto do litígio. Na via jurisdicional, a resolução do conflito ocorre pela sentença, através da qual o Direito é concretizado, pondo fim à lide estabelecida entre as partes.

No dizer de André Gomma Azevedo,

a jurisdição como função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos, impondo imperativamente determinadas decisões.²³⁴

Observa-se que a função judicial é decorrência da atribuição do monopólio da justiça (poder de coerção e exercício institucional da violência) ao Estado.

Essa noção aplica-se especialmente ao processo, sendo, impositiva a criação de regras para o exame das pretensões à tutela jurídica apresentada por cada uma das partes litigantes, de modo que mesmo esse trâmite necessário à prolação da decisão final esteja dentro do espectro de previsibilidade inerente ao Estado Moderno, à valorização dos direitos fundamentais e à racionalidade.

O processo²³⁵ passa a exercer papel preponderante na organização do Estado, na medida em que serve (ao lado do ordenamento jurídico) como meio de manutenção da ordem e de aplicação da sanção, no caso de condutas contrárias à lei.

No direito, o emprego da palavra processo está ligada à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos, sejam individuais ou coletivos que ela estabelece e protege.²³⁶

As questões referentes ao próprio julgador também passaram a receber cuidado

Porém, com o volume de trabalho, demora no deslinde das causas, burocratização da justiça, isto não tem ocorrido. Atualmente, os nossos tribunais superiores desenvolvem uma espécie de linha de montagem jurídica, em que até os estagiários trabalham por cota de produtividade, uma forma de estimular a competitividade entre os gabinetes. p. 21.

²³⁴ AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça*, Brasília, n. 24, p. 15, mar. 2004.

²³⁵ Processo (processus, do verbo procedere) significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado. Nem só no direito ou nas ciências sociais existem processos. Também na química as transformações da matéria se dão através de um processo; e na biologia costuma-se falar em processo digestivo, processo de conhecimento dos seres vivos etc. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 13.

²³⁶ *Ibid.*, p. 13.

especial, no sentido de buscar a garantia da imparcialidade e de que os julgamentos fossem orientados pelos mesmos valores, aplicáveis indistintamente.²³⁷

Chiovenda observa que jurisdição é

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.²³⁸

Carnelutti, por sua vez, sustenta que “a jurisdição é a função de busca da justa composição da lide”.²³⁹

A atribuição do poder de julgar a terceiros pressupõe que a aplicação da lei aos casos concretos seria suficiente para a resolução das lides. Contudo os problemas persistiram, pois a incompletude do ordenamento jurídico é uma constante nos sistemas legais, além de não haver regramento que assegurasse os instrumentos processuais necessários para a solução desses conflitos. O processo passa, assim, por várias tendências, experimentando os reflexos do modelo de Estado no qual é aplicado e especialmente as repercussões do modelo de Estado para o qual foi concebido.

A gênese do processo de conhecimento, concebido como palco da verificação dos fatos e da declaração da lei, está justamente na tentativa de nulificação do poder do juiz. A separação entre conhecimento e execução teve o propósito de evitar que o juiz concentrasse, no processo de conhecimento, os poderes de julgar e executar. É importante deixar claro que, em princípio, a idéia de limitar o poder do juiz teve uma intenção legítima – pois o Judiciário possuía relações com o antigo regime. Contudo, depois, ela passou a ser utilizada para dar guarida às pretensões da burguesia, para quem era necessário um Estado que garantisse sua plena liberdade para se desenvolver nos planos social e econômico. Para tanto, um poder de julgar que estivesse limitado a afirmar a autoridade da lei seria perfeito.²⁴⁰

Esse contexto de fortalecimento do Estado e desenvolvimento de novos valores sociais, baseados no ser humano e no racionalismo, acabaram por propiciar a revisão do modelo de jurisdição, especialmente considerando a obrigação imposta pela Constituição para

²³⁷ Trata-se de implementar o direito à igualdade através do processo, com a criação de um sistema de garantias processuais que asseguram a regular atuação das partes na busca da solução da lide. Garapon observa que “a justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir um caminho para uma tirania da minoria, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso.” GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53.

²³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Bras. de J. Guimarães Menegale. 3. edição, São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 3.

²³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1952. v. 2, p. 62.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

a concretização dos Direitos Fundamentais^{241 242}.

Ao Judiciário compete, sensível às necessidades do povo, dar efetividade e concretude à Carta Política, ajudando o país a, saindo da ignorância e da escuridão intelectual, caminhar em direção ao Estado Democrático de Direito, eliminando os redutos minoritários de dominação que, através de leis historicamente editadas no interesse próprio, marginalizam a maioria do povo, restringindo-lhe o exercício de seus direitos inalienáveis.²⁴³

Há observar que os problemas na resolução dos conflitos permanecem historicamente os mesmos²⁴⁴ e modernamente a crítica processual permanece idêntica: defesa dos hiposuficientes no âmbito do processo e a ausência de instrumentos aptos à efetiva tutela dos Direitos Fundamentais.

Ainda hoje constatam-se as carências do Poder Judiciário como sistema de

uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os ‘conflitos-limite’ para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter intergrupais, intercomunitário e interclassista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor.²⁴⁵

Outro elemento relevante é que a sociedade até o Estado feudal desenvolveu-se em ritmo constante e lento. As invocações tecnológicas posteriores à criação da máquina a vapor, a divisão internacional do trabalho, a utilização dos motores à combustão interna e o desenvolvimento das telecomunicações acabou por imprimir às relações sociais velocidade jamais experimentada. Essa realidade social e econômica produziu efeitos diretos sobre o processo que foi desenvolvido para operar em realidade bem distinta da atual. Esse contexto acabou por gerar crise no processo e na atuação estatal no âmbito jurisdicional.

²⁴¹ O processo, na concepção adotada no presente estudo, corresponde ao momento histórico a partir do qual houve tratamento científico da questão e o desenvolvimento dessa ciência com base nos Direitos Fundamentais.

²⁴² De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 80.

²⁴³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 175.

²⁴⁴ “O contato com a justiça é temido, ao mesmo tempo em que a ela se recorre como último amparo contra a falta total de vínculos. O juiz é convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada.” GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 137.

²⁴⁵ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Os direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 6.

A crise do processo insere-se no âmbito de uma crise de modelo sócio-político de maior amplitude, sendo que apesar dos problemas da jurisdição, ela

converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos.²⁴⁶

Admitindo a missão do Judiciário como entidade capaz de intervir na sociedade para orientação, organização e desenvolvimento, resta concluir que apenas através do processo é que esse desiderato pode ser perseguido.

Evidente a imprescindibilidade de instrumento incapaz de atender às necessidades atuais da prestação jurisdicional. Essa crise adquire panorama maior quando examinada a partir das promessas da modernidade e do Estado e da incapacidade do cumprimento dessas promessas.

Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também reflete essa mesma insatisfação, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engendrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo.²⁴⁷

O Estado Democrático de Direito tem por características a comunicação dialética e o desenvolvimento dos Direitos Humanos, especialmente os direitos de liberdade e igualdade, assumindo a obrigação da tutela suficiente desses direitos.

Essa noção de processo passa a ter novas dimensões a partir da doutrina dos Direitos Fundamentais, quando o processo passa a ser encarado também como mecanismo de concretização desses Direitos.

A necessidade da atribuição de sentido ao processo é atestada por Jânia Maria Lopes Saldanha:

Seja qual for o ângulo de análise, o fato é que mudanças de metodologia têm ocorrido, resultado da tomada de consciência de que o direito e a jurisdição, a quem cabe interpretá-lo/aplicá-lo, não são pura técnica, vazios de significado. Tampouco

²⁴⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.173. E o mesmo autor prossegue: “O contato com a justiça é temido, ao mesmo tempo em que a ela se recorre como último amparo contra a falta total de vínculos. O juiz é convocado como ministro de orientação, numa sociedade desorientada.” *Ibid.*, p. 137.

²⁴⁷ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 3.

merecem ser reféns de regras imutáveis, embora dessas premissas tenha-se encarregado o trabalho moderno, realizado pela dogmática jurídica.²⁴⁸

A orientação da atuação do processo sob o prisma dos Direitos Fundamentais é doutrina que ganha força continuamente até o tempo atual. Como o Estado acabou avocando para si o monopólio da violência (institucionalizada), teve de criar meios organizados e lógico-rationais de utilização desse poder.²⁴⁹

O processo pós-moderno e correspondente ao modelo de Estado no qual se desenvolve contém, portanto, todas essas faces. É resultado da evolução das relações jurídicas, da sociedade, da economia e do próprio Direito. O foco na concretização dos Direitos Fundamentais e nos resultados que é capaz de produzir são algumas de suas características marcantes.

Outrossim, o reconhecimento do ordenamento jurídico como flexível (dúctil) e passível ocupar a condição de sujeito da construção de sentido pelo juiz e pelas partes em litígio, admite que

La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten es la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una <jerarquía de valores>. Sí así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos os principios inferiores y daría lugar a una amenazadora <tiranía del valor> esencialmente destructiva. Y este riesgo también es predicable del que aparece como el más elevado de los valores, la justicia entendida en modo abstracto: La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La <concordancia práctica>, a la que ya se aludido, o el <balance entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad>.²⁵⁰

Outrossim, Ada Pellegrini Grinover observa que

o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o

²⁴⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimento de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2007. n. 4. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 114.

²⁴⁹ Carnelutti refere, ainda, que el empleo de la violencia para la solución de los conflictos hace difícil, si no imposible, la permanencia de los hombres en sociedad y, con ello, el desenvolvimiento de los intereses que por su naturaleza colectiva requieren esa permanencia. CAPELLETTI, Mauro. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uthea Argentina, 1944. v. 1, p. 16.

²⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. de GASCÓN, Marina. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 125.

direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).²⁵¹

Assim, resumindo as idéias tratadas, o Direito não tem conteúdo decorrente exclusivamente da Lei, razão pela qual os juízes acabam assumindo o papel de construtores da norma que incide no caso concreto. Essa atividade, contudo, conta com a delimitação dos valores constitucionais e dos Direitos Fundamentais, elementos que sustentam a legitimidade das decisões e constituem óbice à arbitrariedade judicial.

Como o direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a construção das bases que possibilitam a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente, e que, passadas quase duas décadas, longe esta de ser concretizado[...]²⁵²

A atuação judicial na concretização do Direito opera através do processo, quando a norma produz efeitos diretos e cogentes nas relações interpessoais, razão pela qual o processo torna-se instrumento indispensável aos objetivos do Estado Democrático.

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das ‘regras do jogo’, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado.²⁵³

Sob esse prisma é que merece especial análise a forma e operação do processo, especialmente suas características e a conformidade de todos esses aspectos com os valores constitucionais que se objetiva sejam concretizados.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Inafastabilidade do controle judicial e uma nova modalidade de autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

²⁵² STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 257.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 101.

3.3 O Processo os Direitos Fundamentais

Considerando o esboço histórico supra apresentado, há ponderar que o processo, assim entendido como meio de resolução dos conflitos sofreu radicais alterações ao longo do tempo, acompanhando as mudanças no modelo e objetivos do Estado.

A idéia de ‘processo’ afasta a idéia de instantaneidade²⁵⁴ da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar sua própria legitimidade.²⁵⁵

Partindo do pressuposto da existência do Estado como titular da soberania, do poder de ditar a lei, da jurisdição e do poder coercitivo e tendo por contraponto os Direitos Fundamentais, ao lado dos vários métodos de solução dos conflitos experimentados, o processo surge como elemento indispensável ao equilíbrio social.²⁵⁶

Quanto à teoria geral do processo, “uma idéia como tal, de existência de uma teoria geral, tem suporte principalmente na existência do monopólio da jurisdição estatal, dirigido que é à pacificação social.”²⁵⁷

É o Estado que administra a justiça e detém o monopólio da jurisdição, ou como prefere denominar Bordieu, o ‘monopólio de la violencia simbólica legítima’, razão pela qual os mandatos utilizados por ele para dirimir os conflitos se realizam essencialmente através da jurisdição.²⁵⁸

Segundo Damaska o processo depende do modelo de Estado no qual é aplicado, considerando as peculiaridades da forma de organização do Poder Judiciário e da forma de organização do próprio Estado.²⁵⁹ Da mesma forma, leciona Ângela Espíndola, que “tratar sobre jurisdição, sua concepção e função é também discutir sobre o perfil do Estado. Antes de

²⁵⁴ “É comum ouvirmos dizer que o Poder Judiciário funciona mal; que é demasiadamente moroso, ante uma civilização cada vez mais tangida pela pressa e agora já nem se trata mais de urgência, mas pela pura instantaneidade, com a eliminação do espaço e do tempo das comunicações virtuais. No que respeita ao direito processual, direi que o dogmatismo fez com que perdêssemos a visão do bosque. Vemos apenas as árvores e estamos ofuscados por sua grandiosidade.” SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 90.

²⁵⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 13.

²⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 06.

²⁵⁷ GUEDES, Jeferson Carus. *O princípio da oralidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

²⁵⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36.

²⁵⁹ Para Damaska, “La pregunta no es solo qué tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos.” DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Jurídica de Chile, 2000. p. 86.

se defender um sentido de jurisdição, é preciso observar o Estado que se possui”.²⁶⁰

Damaska divide os modelos de Estado em dois: reativo e ativo. No primeiro caso, o Estado busca proteger a ordem e assegurar o diálogo para a resolução dos conflitos individuais, sendo que a lei busca a autonomia privada e facilita a autorregulação da sociedade, cabendo ao Poder Judiciário apenas assegurar a obediência às regras da disputa, enquanto aos Poderes Executivo e Legislativo não assumem qualquer obrigação referente à concretização das políticas públicas ou dos valores constitucionais.

No modelo de Estado ativo os interesses individuais podem também ser estatais. A lei e o Poder Judiciário assumem compromisso com a concretização das políticas públicas. No caso, há contraposição do perfil reativo do Estado liberal com o perfil ativo do Estado Democrático, sendo que o primeiro tem foco na resolução dos conflitos, enquanto o último atua na implementação de políticas e na realização dos valores constitucionais.²⁶¹

Nesse passo, o processo opera em conformidade com esses objetivos estatais, desenvolvendo seus instrumentos e impondo a atuação do juiz em conformidade com os fins a que se destina.

Assim, é razoável concluir que o modelo de processo, seus princípios e o regramento formal que o rege sofreram drásticas mudanças ao longo da história, especialmente na transição dos modelos de Estado absolutista, liberal e democrático. Essas modificações também atingiram a forma como o processo desenvolve-se, renovando alguns conceitos existentes desde o Direito Romano e adotando outros, decorrentes das novas perspectivas inerentes à sociedade pós-moderna.

O Direito Processual é ramo das ciências jurídicas relativamente recente. Inicialmente recebeu natureza instrumental como simples meio de aplicar a sanção decorrente da inobservância das regras de Direito material. Visava, pois, desenvolver a função de instrumento de atuação do Direito.

Como a jurisdição acabou ocupando posição preponderante na condição de método de solução de conflitos, o processo assumiu idêntica posição como meio de exercício da jurisdição. Veja-se que a fixação de regras de processo é novidade nos meios jurídicos. Até então os indivíduos eram submetidos à autoridade julgadora sem que houvesse quaisquer

²⁶⁰ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 93.

²⁶¹ Sobre o tema conferir DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Jurídica de Chile, 2000.

normas de procedimento pré-estabelecidas para a apresentação dos argumentos e prova dos fatos que suportavam cada tese. Esse contexto gerou inegáveis prejuízos aos jurisdicionados, na medida em que não havia regulamentos que disciplinassem previamente a prática dos atos no processo.

Sobre o assunto, releva a obra de Franz Kafka chamada *O Processo*, na qual narra as dificuldades pelas quais quem é parte no processo passa quando não há regras fixas para seu desenvolvimento. Os Direitos Fundamentais são amplamente abordados na obra, no sentido de demonstrar o quão danosa é a ausência de normas que regulem a atuação das partes.

O personagem nunca sabe quais direitos pode exercer, nem quando o fazer, sempre ficando a mercê de terceiros que supostamente exercem o poder da forma como melhor lhe convêm. Sobre a possibilidade de um camponês ingressar no mundo do Direito, relata o protagonista Josef K.:

o sentinela lhe diz que neste momento não é permitido entrar. O homem reflete e depois pergunta se mais tarde lhe será permitido entrar. ‘É possível’, diz o guarda, ‘mas agora não’. A grande porta que dá para a lei está aberta de par em par como sempre, e o guarda se põe de lado; então o homem, inclinando-se para adiante olha para o interior através da porta. Quando o guarda percebe isso desata a rir e diz: ‘Se tanto lhe atrai entrar, procura fazê-lo não obstante a minha proibição. Mas guarda bem isto: eu sou poderoso e contudo não sou mais que o guarda inferior; em cada uma das salas existem outros sentinelas, um mais poderoso do que o outro. Eu não posso suportar já sequer o olhar do terceiro. O camponês não esperara tais dificuldades.’²⁶²

²⁶² KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 238.

Interessante é a posição de Heloisa Helena Siqueira Correia e Vinício Martinez sobre *O Processo*: “Joseph K. é, ou melhor, pensa ser um sujeito de direitos vivendo em um Estado de Direito. Na hipótese de que isso fosse verdade, tal sujeito teria direitos assegurados universalmente pelo Estado e, portanto, poderia reclamá-los a qualquer momento; ainda no interior da mesma hipótese, Joseph K. estaria protegido por valores universais que sinalizariam as condutas necessárias, convenientes ou apreciáveis. E tudo isso no contexto de um sistema jurídico apoiado na existência do Estado de Direito, ambos orientados por princípios humanos e históricos e perseguidores de determinados ideais: Justiça, Verdade, Perfeição da Lei, sobrepostos ao mundo histórico e humano porque se pretendem atemporais, supremos, a-históricos. Isto quer dizer que se trata de uma construção histórica datada e que pretende atender às regras ideais e atemporais de Justiça, o que, em outras palavras, significa dizer que tal Estado é orientado também pelo saber metafísico.

A novidade trazida pelo século XIX diz respeito à confirmação de que Verdade, Justiça e Lei não existem, porque a metafísica é uma fantasmagoria que não pode mais oferecer segurança para a vida em sociedade. Essa novidade, não incorporada ainda à nossa mentalidade, aparece já na narrativa kafkiana. Em *O processo*, os princípios e metas metafísicos que nossa cultura tanto preza estão realmente falidos: existem ao lado dos valores históricos, mas já perderam sua força e as personagens secundárias sabem disso. A falência é reconhecida por todos, menos por Joseph K., que não percebe que, uma vez ruída a base do Estado de Direito, ele mesmo deixa de ser um Estado de Direito e pode se tornar uma coisa qualquer. O processo pode ser interpretado como a apresentação de um estado de coisas que conta com os valores metafísicos para garantir seus ideais humanistas, para se justificar, mas que convive, de fato, com a total degeneração da metafísica e de determinado humanismo ligado ao saber metafísico.” CORREIA, Heloisa Helena Siqueira; MARTINEZ, Vinício C. *O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de direito*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5130>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

A partir dessa concepção, o processo passa a desenvolver-se buscando atingir sua autonomia enquanto ramo do Direito. Na fase do processo medieval houve a fusão dos processos romano, canônico, germânico, do direito comum e do processo comum – escrito, complexo e lento.

No processo comum medieval, a função do juiz era tomar conhecimento das questões (nisto se assemelha ao romano). Mas esse processo reduziu a tarefa do juiz a uma verificação quase aritmética do concurso do número de elementos necessários para formar, no caso concreto, o que se chamava ‘verdade legal’. A atividade do juiz não era a de avaliar racionalmente a prova. Obliterada a natureza jurídica do processo, como campo de exercício de uma função pública (*jurisdictio*), o processo é considerado como campo de uma atividade privada e estudado exclusivamente do ponto de vista do interesse e do direito privado.²⁶³

No movimento rumo à evolução científica do processo merece referência a fase sincretista, na qual o processo era considerado como apêndice do direito material, mero meio de exercício dos direitos. Nessa fase identificou-se a discussão sobre a natureza jurídica da ação e do processo, conquanto, até então, prevalecia a visão linear do ordenamento jurídico e a confusão nos planos material e processual.

A seguir passou-se pela fase do Direito processual como ramo autônomo, distanciando-se do direito material e encerrando em si mesmo seus objetivos. Foram desenvolvidos conceitos sólidos de processo especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, condições da ação e pressupostos processuais.

Na última etapa da evolução do processo, adotou-se a visão instrumentalista, objetivando atribuir agilidade na tutela do direito material.

Segundo Cicco,

A visão instrumentalista, que representa o terceiro momento de evolução do processo, tem como conseqüências um alargamento dos horizontes do processo. É uma visão que produz um processo que é a faceta judicial do Estado Social, preocupado não só com o aspecto formal com que se debatia o Estado Liberal, indo além. Dentre as suas correntes ganhou notoriedade o movimento pelo acesso à justiça, capitaneado por Mauro Capeletti, dando um dos enfoques da efetividade da jurisdição, também Niklas Luhman, autor alemão preocupado em dar um enfoque maior ao procedimento como fonte de legitimação. No Brasil é a visão instrumentalista que move as reformas processuais em curso desde meados da década passada. Assim, é que foram introduzidos em nosso processo civil a antecipação da tutela (art. 273), a tutela inibitória (art. 461 e 84 do CDC), a execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, a simplificação do processo de execução, excluindo-se a necessidade de cálculo por contador, a

²⁶³ CARREIRA, Alvin. Teoria Geral do Processo. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

audiência prévia de conciliação e saneamento, as alterações na sistemática recursal (Leis 9.139/96 e 9.756/98), dentre tantas outras.²⁶⁴

Essa noção instrumental acaba resgatando a relação entre direito material e direito processual, assegurando que o último serve ao primeiro, embora autônomos. Buscou a crítica da autonomia processual com vista nos resultados dele decorrentes, situação que acaba trazendo a lume a necessidade da concretização dos direitos materiais.

Como o processo passou a ser adotado como método preponderante da resolução de conflitos, o acesso ao Poder Judiciário passou a ser questão da maior relevância quando se trata de distribuição da justiça, atingindo a condição, portanto, de Direito Humano ou natural.

O Direito Natural se contrapõe ao Direito Positivo, localizado no tempo e no espaço, e funciona, neste paradigma, como um ponto de Arquimedes para a análise metajurídica: tem como pressuposto a idéia de imutabilidade de certos princípios, que escapam à História, e a universalidade destes princípios, que transcendem a Geografia. A estes princípios, que são *dados* e não postos por convenção, os homens têm acesso através da razão comum a todos, e são estes princípios que permitem qualificar as condutas humanas como boas ou más – uma qualificação que promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, entre Direito e Moral.²⁶⁵

Retomando a questão referente aos Direitos e garantias Fundamentais, Jorge Miranda observa que

os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projetam pelo nexa que possuem com os direitos; na acepção jus-racionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.²⁶⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, Brizzi conclui que

Os direitos são, portanto, os bens em si; as garantias são os instrumentos que viabilizam a fruição desses bens. Sem elas, o extenso rol de direitos fundamentais existente na Constituição Federal não passaria de previsão vazia, sem eficácia.

Outra característica típica das garantias é que elas ‘implicam atividade estatal’, enquanto os direitos ‘assentam-se no próprio indivíduo, independentemente do Estado’.

Os direitos são declaratórios: direito à vida, à liberdade, à propriedade etc. As garantias, por sua vez, são instrumentos que visam assegurar esses direitos, tendo como exemplo maior o direito de ação, considerado a ‘garantia das garantias’, sendo possível ao particular, sempre que se encontrar numa situação em que vislumbre

²⁶⁴ CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, out./nov. 2006 Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_3/ver_81/artigos/Alceu_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/ver_81/artigos/Alceu_rev81.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2011.

²⁶⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 16.

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. p. 90.

lesão ou ameaça de lesão ao direito seu, recorrer ao Judiciário, interpondo a ação cabível.²⁶⁷

A partir do reconhecimento dos Direitos Fundamentais (e de sua inclusão na esfera constitucional, explícita ou implicitamente), há de fixar instrumentos através dos quais eles possam ser efetivados, mesmo no caso de seu descumprimento ou questionamento de seu conteúdo e extensão.

Podemos ilustrar, alegoricamente, que estas garantias constitucionais não se encontram guardadas numa gaveta da autoridade estatal, que delas fará uso sempre que alguém se apresentar perante o Poder Público pedindo a tutela jurisdicional ou administrativa. Na verdade, elas se encontram em uma bolsa entregue pelo Estado a cada cidadão, que a leva consigo, indissociável da sua pessoa e apresentável em qualquer circunstância em que esteja sendo processado, seja perante agente ou autoridade pública, seja perante outro indivíduo ou entidade privada.²⁶⁸

Os Direitos de primeira geração, ditos naturais, sob a ótica preconizada na Revolução Francesa, dispensariam a atuação positiva do Estado para sua efetivação. Assim, bastava que houvesse possibilidade de atuação em juízo para que o cidadão fosse dotado do direito de acesso ao Poder Judiciário, pouco importando se esse acesso ocorria de formas razoáveis ou equilibradas entre os litigantes.

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.²⁶⁹

Com o desenvolvimento de novos Direitos Fundamentais, o acesso ao Poder Judiciário passou a deter outro significado, fundado na translação da igualdade formal à noção de igualdade material.²⁷⁰ O Direito passa a reconhecer que os cidadãos são naturalmente

²⁶⁷ BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. O aspecto processual dos direitos fundamentais como medida assecuratória de sua eficácia. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

²⁶⁸ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Por uma visão internacional antropocêntrica dos direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3649>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 09.

²⁷⁰ Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram

diferentes entre si e que cada classe é submetida, em regra, a determinado tipo de relação jurídica e atua social e processualmente nos mesmos moldes. Os elementos econômicos, sociais e culturais acabam sendo importados para o Direito e passam a integrar o processo como diferenças entre os litigantes a serem superadas no plano processual.

Cappelletti observa que

mesmo recentemente, com raras exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário: Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram sequer percebidos como problemas. O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas.²⁷¹

A transição do modelo Liberal para o modelo Democrático de Direito acabou por impor mais obrigações ao Estado. A eleição da igualdade material²⁷² como objetivo estatal a ser concretizado e a extensão desse conceito a outros planos de atuação estatal e social, exigiram que o Estado atuasse positivamente como forma de reduzir as desigualdades entre os indivíduos, assegurando condições sócio-econômicas-culturais em patamares mínimos.

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, na segunda metade do século XIX, uma séria de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando se inibe o reconhecimento da justiça social. Sobreleva, nesse marco, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo, especialmente os domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino. Isso tudo implica uma alteração radical na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo *ethos político* calcado na concepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social. O ideal que predomina e alicerça a concepção de Estado

considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 09.

²⁷¹ Ibid., p. 10.

²⁷² Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia se expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Ibid., p. 15.

social é o de um sistema político que dê a todos os cidadãos um digno padrão de vida, como possibilidade efetiva para se realizarem como homens.²⁷³

No âmbito do processo, essa tendência igualmente teve reflexos, tanto do ponto de vista dos ônus e garantias dos litigantes como quanto à forma de sua estruturação.

Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.²⁷⁴

No modelo Democrático de estado os conflitos de interessa assumem especial relevância, situação que enseja a mesma repercussão no papel social do processo. Ao contrário do que comumente imaginado, o conflito é inerente a esse modelo de estado, caracterizado pela pluralidade.

Não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido, e sujeito a apreciação por agentes do Estado separados e distanciados daqueles que conduzem as acusações penais. No contencioso envolvendo o Direito privado, um requisito similar aparece na necessidade de imparcialidade manifestada por parte do juiz em relação às partes privadas em disputa.²⁷⁵

E o mesmo autor prossegue:

Há um risco de mal compreender o 'Estado de Direito' como ideal se o tomamos isoladamente. Quando o fazemos, nós talvez ressaltamos seus aspectos mais estáticos, que prometem certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas. Mas o mesmo ideal possui um aspecto dinâmico também, ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado. Nesse aspecto dinâmico, o caráter argumentativo do Direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um de seus componentes.²⁷⁶

Esse entendimento reforça o papel do processo e da jurisdição na construção dos objetivos do estado, apontando para o necessário exame das formas de acesso ao Poder

²⁷³ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais*: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278>. Acesso em: 22 fev. 2012.

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 11.

²⁷⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 37.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 42.

Judiciário, assim entendido como garantia fundamental.

Ainda nesse aspecto (da reivindicação judicial de direitos), é emblemática a questão da judicialização da saúde no Brasil, na qual, de um lado, temos milhares de cidadãos que precisam de medicamento e tratamento não ofertados por políticas públicas idôneas, e de outro lado, temos decisões que desequilibram o orçamento público de saúde. Tal discussão vem se tornando importante em países como a África do Sul, Etiópia, Índia entre outros, ao discutir o papel da via judicial e processual para a obtenção de direitos fundamentais pelos grupos e camadas sociais marginalizados ou que não obtêm espaço nas arenas públicas institucionalizadas (como v.g. os Parlamntos) para defesa dos seus direitos. Seria preciso induzir o cumprimento de um verdadeiro financiamento da saúde para tornar desnecessária a propositura das demandas; mas até lá como resolver tal paradoxo?²⁷⁷

Os obstáculos de acesso ao Poder Judiciário são elencados pela doutrina em três categorias: ligadas aos custos da manutenção do processo (despesas processuais propriamente ditas e o tempo do processo, com relação à parte que pode e à parte que não pode esperar pelo provimento final); possibilidades pessoais das partes (capacidade financeira, conhecimentos jurídicos próprios e a condição de litigância habitual ou eventual); gestão dos problemas ligados aos interesses difusos.²⁷⁸

Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grande organizações. Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem estar-social, no entanto, precisamente essas contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo – como ator ou réu – será provavelmente pequeno. É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns.²⁷⁹

Portanto, possível concluir que, identificada determinadas características de determinados tipos de litígios, cabe ao processo nivelar a atuação das partes, tanto através das

²⁷⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 71, jul./dez. 2010.

²⁷⁸ O problema da eliminação dos obstáculos antes referidos é que alguns deles produzem efeitos nos outros, criando novas distorções:

“Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.” *Ibid.*, p. 29.

²⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 29.

leis, quanto através do juiz. As garantias correlatas aos Direitos Fundamentais são elemento que atuam diretamente sobre essa concepção do processo, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum.

Com vista a todas essas questões, Cappelletti propõe a classificação dos métodos de redução dos obstáculos ao acesso ao Poder Judiciário em três ondas²⁸⁰. A primeira vinculada à assistência judiciária gratuita, assegurando a dispensa das despesas processuais e honorários advocatícios; a segunda vinculada à adaptação do ordenamento jurídico-processual, criado com base no modelo individualista, para abarcar os interesses difusos²⁸¹; e a terceira, chamada “movimento de acesso ao judiciário” que visa reforma generalizada no processo e sua adequação ao objeto e características das partes envolvidas, inclusive com a utilização de meios não-processuais.²⁸²

Os sistemas de assistência judiciária historicamente foram desenvolvidos com base na prestação de serviços gratuitos por advogados particulares (*munus honorificum*), àqueles que não os podem custear. Contudo, é evidente que os advogados tendem a aplicar seu tempo em atividades remuneradas e não em assistência judiciária gratuita. Contudo, nos termos contidos na primeira onda, a partir de 1960, os Estados acabaram implementando novas formas de assistência judiciária prestada diretamente por órgãos e advogados públicos, ou por advogados particulares custeados pelo Estado, no Brasil através, principalmente das Defensorias públicas.

²⁸⁰ O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 31.

²⁸¹ À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivos que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. *Ibid.*, p. 10.

“houve evolução semelhante na legislação processual brasileira, como a generalização da assistência judiciária gratuita, pela Lei nº. 1.060/50, e, entre os anos de 1965 e 1990, as leis especiais da Ação Popular, Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, todas direcionadas à defesa de interesses coletivos”. GUEDES, Jéferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 34.

²⁸² Alguns autores sustentam, ainda, a existência de uma quarta onda voltada para a formação acadêmica e para o papel dos núcleos de prática jurídica. Sobre o tema, conferir GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr. 2004.

A questão referente aos interesses difusos relaciona-se com o problema da criação do processo com base no paradigma liberal-individualista. Isso repercutiu em vários institutos processuais, especialmente na igualdade material entre os litigantes. No mais, o processo foi idealizado como relação jurídica estabelecida entre indivíduos devidamente qualificados e identificados. A admissão de coletividades indeterminadas nos pólos das ações acaba exigindo ajuste do processo que não foi concebido para essa realidade. Assim, na segunda onda houve inovação na doutrina e alterações processuais tendentes a viabilizar a defesa desses interesses (em regra ligados a questões públicas, tais como meio-ambiente e relações de consumo).²⁸³

Os dois aspectos anteriormente abordados (primeira e segunda ondas) traduzem-se em assegurar mecanismos de representação dos interesses até então não representados ou mal-representados em juízo. A terceira onda abrange todas as formas de acesso ao Poder Judiciário anteriormente referidas, mas vai além, buscando tutelar diretamente os direitos e adaptar o processo ao tipo de litígio, envolvendo uma visão multidisciplinar que não se limita à assistência judiciária. Essa concepção também envolve a adoção de outros métodos de resolução de conflitos que não apenas a jurisdicional, considerando, especialmente, as condições peculiares das partes envolvidas.²⁸⁴

Essa concepção

encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não recebe inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.²⁸⁵

Nesse mesmo contexto, é oportuno observar que o processo carece de ser adequado

²⁸³ A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público ao se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 50.

²⁸⁴ A terceira onda renovatória é uma resposta aos clamores da sociedade por um processo vanguardista focado em quatro objetivos principais: simplificação dos procedimentos; redução dos custos advindos da demora da tramitação da ação; aprimoramento da qualidade do provimento jurisdicional; e efetividade da tutela. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional*. Rondônia. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

²⁸⁵ CAPPELLETTI, op. cit., p. 71.

dependendo do seu objeto, da capacidade de entendimento entre as partes etc. Não é difícil constatar que um conflito familiar possui características diferentes de um conflito entre empresas e que ambos requerem tratamentos diversos. Diante dessa realidade, faz-se necessário explicitar que para cada tipo de conflito é mais apropriado este ou aquele método de solução. Existem conflitos que demandam conhecimentos extremamente técnicos. Há conflitos em que não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e que necessitam da força coercitiva do Estado para a sua resolução. Por sua vez, existem conflitos decorrentes de relações que as partes querem preservar e conflitos decorrentes de relações continuadas, como as relações familiares, que se perpetuam no tempo. Outros, mais simples, extinguem-se com um acordo celebrado entre as partes, sem se perpetuarem no tempo. Cada caso, cada situação, adequa-se mais ou menos aos vários métodos de resolução de conflitos, consensuais ou não.²⁸⁶

No mesmo sentido é a lição de Darci Ribeiro:

O monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, senão a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo, é dizer, o Estado que é titular da potestade jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais.²⁸⁷

Luiz Guilherme Marinoni completa ponderando que

Na verdade, o Estado, porque proibiu o agir privado, não pode se subtrair ao dever de viabilizar ao titular de um direito o mesmo resultado que ele obteria caso a ação privada não tivesse sido proibida, ou caso houvesse sido espontaneamente observada a norma de direito substancial.²⁸⁸

Assim, o acesso à justiça pode ser encarado, com amparo em Cappelletti, como requisito indispensável para a concretização dos Direitos Fundamentais – o mais básico dos direitos – de organização jurídica moderna, baseada na igualdade, que pretenda implementar, e não apenas declarar, os direitos.²⁸⁹

3.4 Constitucionalismo e Direitos Fundamentais

Modernamente o movimento constitucionalista produz intensos efeitos no processo, a ponto de transferir para esse último a doutrina dos Direitos Fundamentais. Esse é o conteúdo do Estado Democrático de Direito, segundo o qual cabe ao Estado cumprir a lei democraticamente elaborada e com conteúdo impessoal, ao lado do dever da concretização

²⁸⁶ SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 56, jan. 2005.

²⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37.

²⁸⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998. p. 52.

²⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Horthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 11.

dos Direitos Fundamentais em todo seu espectro, principalmente no que tange ao direito à igualdade material.

A Constituição trata da organização política e administrativa do Estado, dispondo, ainda, sobre os Direitos Fundamentais. Nesse aspecto contém regras, princípios, direitos fundamentais e Justiça como elementos essenciais, cabendo às leis extravagantes de processo regulamentar essas garantias constitucionais de Justiça.²⁹⁰ Nesse contexto encontra-se no cerne da relação entre Constituição e processo, refletindo a concretização do Direito e, em última análise, dos valores postos pela Constituição nas relações interpessoais.

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. [...] se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. [...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.²⁹¹

Diante das considerações anteriores, especialmente de que o desenvolvimento das Constituições (no aspecto material) dependeu da formação dos Estados e da Democracia (enquanto “império da lei”), é fácil concluir que o constitucionalismo somente emerge a partir o Século XVIII. O contexto social da época favorece seu aparecimento justamente em face da necessidade do estabelecimento de ordenamento jurídico organizado e capaz de reger a vida em sociedade.

Em pleno Estado absolutista é inviável discutir constitucionalismo, pois prevalecia a divisão da sociedade em castas, algumas imunes à lei, especialmente o soberano e o próprio Estado. O poder do soberano sobrepunha-se à lei, inclusive à pretensa constituição, o que lhe afasta da concepção moderna de constituição²⁹². Hesse observa que “a norma constitucional

²⁹⁰ COUTURE, Eduardo José. Las garantías constitucionales del proceso civil. *In: ESTÚDIOS de derecho procesal em honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar, 1946.

²⁹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 17-18.

²⁹² “É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36. Conforme Zagrebelski, “las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia históricoconstitucional que quieren salvaguardar y enriquecer.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Tradução Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 89.

não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”²⁹³

E o mesmo autor prossegue:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco. [...] A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, não leva a qualquer avanço na nossa indagação [a de saber qual o fundamento e o alcance da força do Direito Constitucional].²⁹⁴

No mesmo sentido,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes do juízo de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*.²⁹⁵

Com a instalação definitiva do ordenamento jurídico no contexto social, considerados todos os demais elementos que compunham a realidade da época de abandono do Estado absolutista,

estavam semeados os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na especialização de funções, fortemente influenciado pelo iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e na conseqüente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário. A supremacia da lei, portanto, reflete a transformação do papel do Estado (Soberano) na sociedade, bem como o papel do Direito/Lei enquanto meio de regulação estatal. A influência que este cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante.²⁹⁶

O constitucionalismo é produto perfeito do racionalismo jurídico, social e político, sendo fruto do contexto histórico do racionalismo, iluminismo, enciclopedismo, contratualismo e individualismo.²⁹⁷

²⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 14.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 13.

²⁹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan. O Estado de seus limites: reflexões sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. (Org.). *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008.

²⁹⁷ A Constituição traduz algo de diverso e original. Traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder. Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é

Como bem apreende Zagrebelsky, a Constituição

Sólo que no puede ya ser considerada, como en un tiempo lo fue, el punto de partida del que irradia una fuerza unívoca e incondicionada, ya que se há convertido más bien en un campo de gravitación, un punto de llegada y de convergencia del pluralismo político y social.²⁹⁸

Assim, as constituições vêm assumir a posição de núcleo de todo ordenamento jurídico, na condição de preceito decorrente da norma fundamental, que é o poder constituinte.

É comum admitir que a constituição é o topo do ordenamento jurídico, mas o fato é que sua criação depende do exercício do poder constituinte, que é, efetivamente, a norma fundamental.²⁹⁹

A conveniência da aplicação indiscriminada da lei a todos os casos idênticos, submetendo inclusive o Estado, como garantia da igualdade, é retomada por Ihering, quando refere que o império da lei enseja a submissão do próprio Estado a essas leis, encerrando circularidade que afasta o acaso e o arbítrio, conferindo uniformidade, certeza e visibilidade à lei.³⁰⁰

Bobbio observa que a norma fundamental é pressuposta (não expressa) e que essa pressuposição serve para fundar o sistema normativo, como a norma última além da qual seria inútil chegar. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. O fato dessa norma não ser expressa não significa que ela não exista: ela é o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema.³⁰¹

Segundo Jorge Miranda, as acepções da constituição podem ser analisadas sob três pontos de vista:

- a) como ato (ato constituinte), pelo qual o povo adota organização decorrente da aquisição da convicção jurídica de necessidade, exercendo a soberania;
- b) como lei, decorrente da própria inclusão no ordenamento jurídico positivo;

depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos vêm-na justificar e vêm-na criar. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 30.

²⁹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 81-82. E o mesmo autor prossegue: “No es la constitución la que manda, sino que somos nosotros los que la interrogamos y nos reconocemos el poder decisivo, el de formular las preguntas que nos interesan.” Ibid., p. 88.

²⁹⁹ A constituição, no aspecto da legitimidade, depende da capacidade de oferecer respostas adequadas, ou da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição: “la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir.” Ibid., p. 88).

³⁰⁰ IHERING, Von Rudolf. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³⁰¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 59-60.

c) como norma, que regula a totalidade das relações jurídico-públicas.³⁰²

Essa última acepção é a que releva no presente estudo, pois como norma a Constituição trata da totalidade ou da parte mais importante das relações jurídico-públicas. Assim, encerra orientação sobre questões que não se quer deixar ao livre tratamento pelos governantes ou pela lei ordinária. Portanto, sob esse ponto de vista, a Constituição irá apontar o tratamento a ser dispensado a determinados casos, considerados relevantes pelo poder constituinte, cabendo ao legislador infra-constitucional ou à administração pública simplesmente dar cumprimento ao comando constitucional.³⁰³

O fato, é que a Constituição acaba por ser a primeira garantia da observância dos Direitos Fundamentais. É garantia do presente para o futuro, considerando a estabilidade da Constituição e a existência de cláusulas pétreas (como no caso da Constituição brasileira) ou de direitos supra-estatais, que não podem ser suprimidos sequer através da emenda constitucional.

Portanto, o constitucionalismo possui estreita ligação com o modelo do Estado Democrático de Direito, atuando na garantia dos Direitos Fundamentais de igualdade e liberdade e na limitação do poder do Estado que, afinal, também fica submetido, em sua atuação, ao teor da Constituição.

Jose Luis Bolzan Moraes, discorrendo sobre a evolução do constitucionalismo e do Estado liberal observa que

Pode-se dizer, assim, que o Estado Constitucional do Século XIX não é o mesmo do Século XX. Aquele tinha como substância a construção de um Estado absenteísta – mesmo que sempre se tenha algum nível de atuação estatal –, marcado por um conjunto de limitações/proteções asseguradoras das práticas individuais e da auto-regulação mercadológica. Este último vai se identificar com a formatação do Estado Social em seus vários desenhos. Tudo isto, como já dito, fruto dos receios em face do, então, passado recente – absolutismo – e do projeto futuro da nova classe social hegemônica – a burguesia revolucionária – e, por isso mesmo, o requisito da *especialização de funções* bem como do *asseguramento dos direitos humanos* como anteparos à atuação estatal, os direitos de liberdade, constituindo-se como um Estado cuja aparente neutralidade asseguraria o desenvolvimento das potencialidades de indivíduos livres e iguais (formalmente). Esta é a fase do Constitucionalismo Liberal.

Já no Século XX, com origens ainda no transcurso do Século XIX, observa-se este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feitio de Estado Social, conceito aqui utilizado em sua acepção genérica, suportado em um novo

³⁰² Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 32.

³⁰³ Jorge Miranda observa que “a idéia de Constituição é de garantia e, ainda mais, de uma direcção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais. *Ibid.*, p. 33.

Constitucionalismo – agora Social –, este identificado histórica e privilegiadamente com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 – apresentadas, de regra, como marcos históricos -, vindo em resposta ao novo tratamento da chamada *questão social*, a qual deixa de ser um *caso de polícia* para tornar-se um *caso de políticas públicas (sociais)*, com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da *escassez*, sobretudo no que se refere às *carências*.³⁰⁴

Assim, várias Constituições passaram a tratar exaustivamente de temas que, até então, não eram considerados tipicamente constitucionais. As questões sociais, ligadas aos Direitos Fundamentais de segunda dimensão (ou geração), passaram a gravitar na órbita constitucional.

Darci Ribeiro observa que “o Estado Democrático de Direito apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social, entre outros.”³⁰⁵

O Direito, nesse contexto, assume novo papel, conforme leciona Lenio Streck:

É preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por ‘direito do Estado Social’ (*que nem sequer ocorreu na América Latina*); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade.³⁰⁶

Esse fenômeno ganhou força principalmente em países de modernidade tardia, nos quais o *welfare state* sequer chegou a ser implementado e em que liberdades básicas ainda não haviam sido consolidadas. Representava a eleição dos direitos sociais como valor preponderante a ser garantido pelo Estado.³⁰⁷

Criticando toda essa construção, especialmente no que tange à concretização dos direitos sociais, Streck observa que

Estou convencido de que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e o da subjetividade (filosofia da consciência), bases da

³⁰⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Estado constitucional, direitos fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. p. 18. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

³⁰⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 289.

³⁰⁷ Exemplo disso é a Constituição Federal de 1988, que além de disciplinar o exercício dos poderes do Estado e sua organização, igualmente trata de direitos sociais, do meio-ambiente, além de outras questões ligadas aos direitos fundamentais ainda não plenamente concretizados.

concepção liberal individualista-normativista do Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível.³⁰⁸

Assim, apesar da crítica, o fato é que a inclusão dos Direitos Fundamentais na órbita constitucional não assegura sua imediata concretização, mas sinaliza quais valores devem ser almejados pelo Estado, orientando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na atuação e cumprimento das funções precípua de cada Poder.

A Constituição dita dirigente é um instrumento necessário às garantias individuais à evolução social. Além de conter normas impositivas, deve delimitar valores a serem atendidos e objetivos a serem alcançados, assumindo uma dimensão “para o futuro” ou evolutiva, traduzida nas normas programáticas. Trata do que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.³⁰⁹ Deve ser o conjunto de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática.

Uma constituição dirigente

Pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um Estado mínimo, garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado Social, criador de bens colectivos e fornecedor de prestações. Para uns, isso significa a compreensão democrática e social do Estado de Direito; para outros, isso é o caminho do novo Leviathan, da ditadura de todos sobre todos, pois uma crescente produção de bens públicos através de uma crescente produção de leis e de financiamento coletivo aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual.³¹⁰

Uma ressalva é oportuna nesse passo: as normas diretivas contidas na Constituição devem ser levadas a efeito e não devem ser encaradas como simples declaração de intenções. Destina-se especificamente ao governante e ao legislador, a quem cabe a concretização das escolhas constitucionais.

Gregório Robles observa que

A Constituição não é uma encíclica pastoral. É uma fonte de direito, a de maior grau hierárquico, que, como o Sol, ilumina os bons e os maus, os infelizes e os

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 284.

³⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 389.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 391.

desgraçados. Seu papel consiste em integrar todos em convivência, permitindo a estabilidade do sistema político e, conseqüentemente, também do sistema global da sociedade.³¹¹

Na Constituição, há diferenciação entre suas normas, conforme a intensidade vinculativa: as impositivas são permanentes e concretas; as programáticas (essencialmente definidoras dos fins do Estado e enunciativas de tarefas), são imposições permanentes, mas abstratas. Ressalva-se, aqui, que todas as normas constitucionais possuem eficácia e carga normativa, mas com densificação variada³¹², devendo ser igualmente aplicadas na concretização do Direito.

Ainda assim, há distinção entre os Direitos Fundamentais a prestações e as normas programáticas ou imposições constitucionais, sendo que o programa constitucional de governo deve ser implementado em atendimento ao teor da Constituição, independentemente dos programas eleitoral e partidário.

Outro aspecto presente na Constituição dirigente é que ela delimita o âmbito de atuação do legislador, de modo que a produção legislativa deve atender ao direcionamento constitucional, seja do ponto de vista das normas impositivas, seja do ponto de vista das normas programáticas.³¹³ A limitação do espaço de movimentação do legislador é intensamente combatida, situação que tem aplicação prática quanto aos motivos reais de algumas soluções politicamente adotadas pelo Estado, que nem sempre atendem ao desígnio do povo.

A aplicação dos valores constitucionais ao legislador traz o caráter delimitador dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado: indica os caminhos a serem percorridos para a implementação dos direitos assegurados constitucionalmente, enquanto condições desejáveis de existência.

³¹¹ ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005. p. 121.

³¹² “Certo é que muitas das normas constitucionais que outorgam os direitos sociais requerem uma atividade legislativa posterior para a sua concretização, mas daí não se pode concluir pela sua não preceptividade. ‘A sua disciplina - diz Canotilho - é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros *convites* para legislar, assumem o carácter de verdadeiras *imposições constitucionais de actividade legiferante*’. Significa isso repelir a tese dos direitos económicos, sociais e culturais *como simples direitos legais*, tese que assenta fundamentadamente na concepção de que tais directivas “não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável”, pois só “quando o legislador concretiza essas directivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos”, logo, “os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária”, não no âmbito da própria norma constitucional programática. SILVA, José Afonso da. *Garantias económicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais*. *Mundo Jurídico*, [S.l.], 22 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto110.doc>>. Acesso em: 17 maio 2012.

³¹³ A noção da supremacia constitucional acaba por limitar a atuação do Poder Legislativo, cuja competência é outorgada pela própria constituição. Não é razoável admitir que o mandatário pudesse extrapolar os poderes atribuídos pelo mandante. Esse entendimento se aplica inclusive no que tange às emendas constitucionais, considerando as limitações objetivamente impostas pela própria Constituição.

Nesse passo, é oportuno observar a preponderância e o efeito prático positivo que as Constituições dirigentes desempenham, em especial em países de modernidade tardia, assegurando e ressaltando a prevalência dos Direitos Fundamentais e a necessidade de sua efetivação.³¹⁴

A noção de poder constituinte ilimitado e incondicionado acaba sofrendo restrições, também em face das teorias que tratam da proibição de retrocesso na esfera dos Direitos Fundamentais³¹⁵, na medida em que não podem deixar de assegurar direitos básicos, inerentes ao ser humano e já garantidos na esfera internacional.³¹⁶

³¹⁴ Nos últimos tempos a idéia de constituição dirigente sofreu algumas alterações, principalmente em face das palavras do professor Canotilho, maior defensor dessa concepção e do constitucionalismo.

Diante da crise do Estado liberal clássico, com a rarefação de seus elementos básicos (soberania, povo e território), a própria noção de constituição e de poder constituinte enquanto inicial, ilimitado e incondicionado passou a sofrer transformações.

Em termos de direitos fundamentais, atualmente existem inúmeros acordos e convenções internacionais dispondo sobre a matéria, sendo que nos termos de composição mundial e globalização, essas normas acabam por se sobrepor às constituições.

³¹⁵ A doutrina denomina essa construção de efeito cliquet, referindo-se a prática do alpinismo na qual o atleta não tem condições de retornar à posição inicial após o avanço na escalada.

³¹⁶ O fato é que no prefácio da segunda edição de seu livro, Canotilho reconhece que o dirigismo contratual encontra-se afrontado pelo “mal-estar da Constituição” e do “pessimismo pós-moderno”, das incertezas epistêmicas da diretividade constitucional e da Constituição dirigente e da teoria da constituição.

Nesse contexto, conclui que a constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, realizar transformações emancipatórias. Reconhece a abertura constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Diz que alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.

A conclusão é que Canotilho não refuta a constituição dirigente, mas apenas admite a composição dos valores do Estado por outros meios mais democráticos, suscetíveis de participação do povo, observando as condições específicas de cada país.

A manifestação à morte da constituição dirigente deve ser contextualizada e referia-se à Constituição Portuguesa (1976), que visava, em sua origem, a implementação do socialismo, e que, após várias emendas tendentes a adequar o ordenamento jurídico português à comunidade europeia, acabou por deixar de lado esse objetivo.

“Assim sendo, restou bastante óbvio que Canotilho, embora tenha abrandado seu absoluto amor pela tese, não havia decretado o fim da Constituição dirigente. O que Canotilho, em verdade, fez, foi mudar seu projeto de Constituição dirigente, não mais defendendo a Constituição como instrumento de revoluções sociais, mas sim um novo Constitucionalismo, no qual a Constituição tem menos carga ideológica e se reduz a regulador das relações sociais.” Cf. SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio. 18 maio 2006. *Mundo Jurídico*, [S.l.], Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=799>. Acesso em: 1º set. 2010.

Canotilho reconhece que a condição constitucional de países centrais e periféricos é distinta e que o teor da constituição desejável em cada caso também é distinta. O contexto constitucional e social portugueses bem distinto do brasileiro.

Canotilho observa que “Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problemática que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”.

No Brasil, a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito que difere substancialmente do modelo de Estado até então vigente. Esse novo modelo foi inspirado nas constituições dirigentes, surgidas na Europa do pós-guerra.³¹⁷

Ao lado de toda a doutrina processual até então consolidada, passam a incidir princípios de natureza constitucional, sendo que Constituição passa a ser aplicada sob novas perspectivas³¹⁸, quais sejam: o reconhecimento de que possui força normativa em seus princípios e enunciados, abandonando a concepção de normas programáticas, e o desenvolvimento de nova hermenêutica constitucional, com a extração de princípios que envolvem todo o Direito nacional.

Cappelletti observa que

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.³¹⁹

O direito constitucional³²⁰ representa o centro da estrutura do Direito, sendo chamado como “tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem sua seiva vital”.³²¹ O Direito processual igualmente guarda relação direta com o contexto constitucional, considerando que o primeiro constitui função direta e inerente ao Estado moderno chamada jurisdição.

A concepção de que a constituição dirigente não substitui a política, mas a sujeita à fundamentação constitucional, traduz-se na necessidade de que haja transparência nas decisões do Estado quanto a valores e programas a serem implementados.

Conclui que as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias, apontando para o processo de evolução e mutação constitucionais, que acompanham a evolução social.

³¹⁷ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

³¹⁸ A doutrina passa a desenvolver conceitos ligados ao denominado Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Sobre o tema, conferir BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

³¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 130.

³²⁰ Segundo Kelsen, a Constituição “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pretencentes a essa ordem normativa”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Ammado Editor, 1962. v. 2, p. 4.

³²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Revista di Diritto Processuale*, [S.l.], v. 7, p. 328, 1952.

Como aparato destinado à concretização da Constituição, o processo deve ser concebido como instrumento de justiça, mas também de liberdade e igualdade. A Constituição está para seu modelo de Estado assim como o processo está para a Constituição.

Modernamente o processo deve ser orientado pela aproximação entre o direito processual e o direito material, pela (re)construção do Direito pela jurisprudência e pela superação do paradigma do processo civil liberal – técnico, individual e privado, para um processo garantidor dos Direitos Fundamentais e promotor, sobretudo, da igualdade.

Nesse passo, a Constituição passa a desenvolver um novo papel no âmbito do processo, subordinando esse último aos mandamentos da lei fundamental.³²²

Especialmente no âmbito processual, a doutrina, em prol da segurança jurídica, acabou implementando uma sistematização oriunda dos códigos que afastou a capacidade criativa dos juristas. Acreditando na pretensão positivista de encerrar toda a vida na lei, propôs como objetivo deliberado a limitação da criatividade dos juízes e advogados. O próprio processo como concretização da lei sempre teve a pretensão de conciliar o inconciliável: a lei e a vida.³²³

Veja-se que essa tecnicidade do processo acabou por sujeitá-lo aos procedimentalistas, tornando o processo um complexo de atos que afrontam o senso comum e inviabilizam a participação dos envolvidos de modo a também fazer-lhes compreender as razões pelas quais as demandas são julgadas como são. Esse óbice da participação efetiva das partes no âmbito do processo acaba criando distorções que a economia é plenamente capaz de explicar. Se as partes não conseguem quantificar os custos do processo (em termos de possibilidades de sucesso e fracasso), simplesmente não podem compreender os resultados daí decorrentes. Admitir que, do ponto de vista da parte, o processo é um mecanismo tão complexo que é inútil tentar compreender seus resultados remete às fases iniciais do obscurantismo e da utilização das crenças em lugar da ciência.

³²² Sobre a questão, conferir CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 03, quando trata da teoria geral do processo constitucional.

³²³ Sobre a dicotomia entre a lei e a vida, Pontes de Miranda leciona que “já frisamos que os juristas-civilistas, restritos, acertadamente, aos conceitos do direito civil (material), somente vêem 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 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 irreduzível, do contínuo e do descontínuo, da lei e da vida.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 1, p. 208.

Oportuna a ressalva que essa conclusão não é aplicável apenas ao processo, mas ao Direito em geral, seja conquanto a lei seja criada sem a devida submissão ao processo democrático substancial ou pelo legislador que desconhece a questão que busca regular, seja pelas distorções na concreção do Direito, seja pela incapacidade do cidadão (pela própria ausência de cidadania) de compreender o Direito.

O Direito processual, com sua autonomia recente, ainda sofre influência do ideário liberal e, justamente em face da necessidade de assegurar sua autonomia, acabou voltando-se para si mesmo e para sua técnica, perdendo o contato com o mundo real. Essa circunstância torna-se particularmente relevante a partir do Estado Democrático de Direito, quando se almeja a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a democracia. Trata-se de conceber o processo como Direito Fundamental e garantia de outros Direitos Fundamentais.

Ligando os objetivos constitucionais com o processo, há concluir que o Poder Judiciário acaba assumindo a obrigação da concretização dos Direitos Fundamentais, obrigação, aliás, que por força da Constituição transmite-se a todas as esferas do Poder Público.

4 A CONTRIBUIÇÃO DA ORALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo

A Constituição é a base do ordenamento jurídico e, por essa razão, constitui garantia dos Direitos Fundamentais. Nessa linha, há considerar que os Direitos Fundamentais na perspectiva do processo também foram incluídos na esfera constitucional, como meio de assegurar, inicialmente os valores de liberdade face ao Estado e, modernamente, os valores de igualdade material.

Contudo a simples declaração da existência dos Direitos Fundamentais não basta em si, pois além da atribuição formal do direito a seu titular, indispensável que o indivíduo disponha de meios capazes de assegurarem a fruição desses direitos. O contraponto desse direito do cidadão é a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica adequada, o que é implementado através da jurisdição.

A jurisdição, por sua vez, desenvolve-se através do processo, revelando a íntima relação entre processo, Direitos Fundamentais e constitucionalismo.

“O processo em sua conceituação moderna é a atividade desenvolvida diante dos tribunais com vistas à obtenção de tutela jurídica do Estado, pela realização da ordem jurídica e dos direitos por ela tutelados”.³²⁴

Portanto, ao lado das declarações de direitos contidas nas constituições e da teoria dos Direitos Fundamentais alinha-se o processo, como meio de exercício da democracia e de garantia dos direitos.

Rui Barbosa percucientemente observa que

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.³²⁵

Outrossim, “A unificação do processo acentuada no final do século XIX tem por pressuposto a verificação de que o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é

³²⁴ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 13.

³²⁵ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5, p. 175.

único e sua estruturação básica encontrando-se ao nível da Constituição Federal”.³²⁶

Portanto, assim como nos demais ramos do Direito, no processo é indispensável o estudo da base constitucional sobre a qual se desenvolve o Direito processual, como forma de instituir um processo adequado ao comando da Constituição. Assim, parte da doutrina passa a admitir a existência de um Direito Processual Constitucional, identificado com o conjunto de Direitos Fundamentais³²⁷ aplicáveis ao processo e previstos no texto constitucional, englobando enunciados e princípios.

Nesse aspecto, há nítida transposição do conteúdo da teoria dos Direitos Fundamentais para o âmbito do processo, de modo que as parte litigantes também tenham liberdade de atuação e que haja um resultado útil e razoavelmente esperado das demandas. Outrossim, no plano dos Direitos Fundamentais, vários princípios foram assegurados às partes no processo (inclusive no plano constitucional), de modo a assegurar os direitos de liberdade (em face ao Estado) e de igualdade (ou pelo menos de redução das desigualdades) entre os cidadãos.

Na esteira do positivismo clássico, buscou-se estruturar o Direito como forma organizada, coerente internamente e autônoma, capaz de autogerir seus conflitos internos, especialmente através dos recursos denominados de hermenêutica.

A interpretação do Direito, nesse contexto positivista, traduzia-se em apenas explicitar o comando legal, criando a figura do juiz como “boca da lei”. Isso se justifica pelo evidente desiderato positivista de afastar a arbitrariedade na atuação do Estado, razão pela qual se propôs que todos devessem obedecer à lei, sem possibilidade de interpretação, pois a lei, afinal é clara.

Entretanto, a obediência ao teor literal da lei (e o descolamento entre justiça e moral) desconsiderou vários aspectos da vida prática, tais como a necessidade inarredável de interpretação do texto; a distinção entre texto e norma; e o compromisso do Direito com a justiça e, por consequência, com a moral.

Modernamente vários autores desenvolvem as teorias chamadas de neoprocessualismo, denominação correlata às teorias neoconstitucionais. Essa concepção atrai

³²⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

³²⁷ Guerra leciona que “o uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.” GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 100.

para o processo a questão dos Direitos Fundamentais, detectando série de Direitos Fundamentais processuais, especialmente aqueles expressamente previstos na Constituição. Trata-se de tentativa de superar o vazio normativo da Constituição contido nas teorias constitucionais que a compreendiam com norma de caráter programático, sem eficácia prática, carecendo de regulamentação na legislação infraconstitucional para assegurar a produção desses efeitos.

o uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar toda aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.³²⁸

O neoconstitucionalismo é fruto de outra corrente mais abrangente denominada pós-positivismo, que propõe a recuperação da relação do Direito com a moral, totalmente esquecida no contexto do positivismo jurídico.³²⁹ O pós-positivismo, embora derive, apenas em certa medida, do positivismo clássico, busca distanciar-se da teoria clássica das fontes sociais do Direito e eliminar divisão teórica entre Direito, moral e política.³³⁰

Streck, sobre o neoconstitucionalismo, leciona que

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel

³²⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 100.

³²⁹ Por supuesto, el modelo de ciência jurídica que parece exigir el neoconstitucionalismo también se contraponen al que há venido defendiendo el positivismo jurídico. Em sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación Del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone un novo modelo em el que las principales características que se predicen de la ciência jurídica suelen el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor em análisis del Derecho y la prioridad Del carácter práctico de la ciência jurídica frente su presentación como um estúdio de carácter científico. Ahora parece que la incorporación constitucional de contenidos materiales supone que lá teoria jurídica no puede ser independiente o debe incluir también la política del Derecho. ARIZA, Santiago Sastre. “La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 245.

³³⁰ O pós-positivismo ataca “em primer lugar, la defensa de la teoria das fuentes sociales Del derecho Y em segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política.” CASALMIGLIA, Albert. *Postpositivismo. Doxa -Cuadernos del Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 21-I, p. 210, 1988.

subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseguinte afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética. Já o direito constitucional estaria carregado de princípios morais positivados, que haviam reconduzido ao interior do discurso jurídico.³³¹

O positivismo clássico propugnou a autonomia do Direito enquanto ciência, sustentando que esse sistema é capaz de autorregulação e completude independentemente da ação de elementos externos. Defendia a separação entre o Direito e a moral, na medida em que sustentava que o único Direito existente é o positivo, decorrente dos textos vigentes. Trata-se de concepção monista que identifica o Direito com o Estado, buscando a certeza e segurança jurídicas através da suposição de que a lei, sendo neutra e completa pudesse tratar de todos os casos da vida, independentemente da interpretação.³³²

Essa compreensão do Direito teve sua razão histórica quando se buscava retirar o poder arbitrário das mãos do soberano e instituir novos meios de exercício do poder, condicionando, inclusive, o próprio soberano. Trata-se de teoria que tentava eliminar os inconvenientes do autoritarismo, absolutismo e intransigência clerical.

Entretanto esse movimento produziu os efeitos para os quais foi criado, mas logo foi detectada sua incapacidade de lidar com outros problemas inerentes ao positivismo, tais como a legitimação constitucional de atos contrários ao bem estar social e aos Direitos Fundamentais, especialmente em regimes como o nazista. Ocorre que, como já referido, a legitimação do Direito ficou relegada ao binômio validade-invalidade, especialmente diante do conteúdo constitucional, independentemente dos valores que a norma encerra.

A partir daí outras correntes passaram a identificar a relação intrínseca entre moral e Direito, buscando, justamente, afastar a possibilidade do livre manuseio do Direito pelo titular dos poderes estatais. O Direito Constitucional passa a abranger valores considerados fundamentais, como o respeito e a realização da pessoa humana. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo passa a abranger valores e orientações políticas, na esfera da dignidade

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação positivismo pelo (neo) constitucionalismo. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário/2004. n. 1. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 155.

³³² Conforme VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 148 e ss. e BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15 e ss.

da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais.³³³

Nesse mesmo sentido, o conteúdo da Constituição passou a ser compreendido como expressão da máxima eficácia normativa, especialmente no que tange à concretização dos Direitos Fundamentais.

Klaus Stern observa que

As idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.³³⁴

Sarlet destaca que

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformaram-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, ‘o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca’. Assim, na esteira do próprio Habermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as idéias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa (*das normative Selbstverständnis*) do Estado democrático de Direito. É justamente nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.³³⁵

Na esteira da concepção neoconstitucional,

Já se vislumbra uma especificidade na Constituição bastante influente no que tange à atividade hermenêutica, justamente porque não pode ser compreendida exclusivamente como constituição normativa, mas também como constituição real (conjunto de forças políticas e sociais constitucionalmente relevantes), característica que passa ao largo se encarada exclusivamente sob o método hermenêutico tradicional.

A *supremacia hierárquica* é traço marcante do texto constitucional, devendo o intérprete ter em mente que a Constituição se reveste da qualidade de norma fundamental e subordinadora de todo o ordenamento jurídico.

³³³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Rio de Janeiro, n. 15, jan./mar. 2007.

³³⁴ KLAUS, Stern. *Staatsrecht III/1*, p. 181. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 58.

³³⁵ SARLET, *op.cit.*, p. 60.

O conteúdo político da Constituição é maior do que o encontrado nas demais normas jurídicas – embora não possa perder a sua feição jurídica –, conteúdo este desprezado pelo jurista formalista que se apegava unicamente à operação sologística. Muitos dos princípios constitucionais, em verdade, consistem em princípios de índole política pelos quais determinada ordem estatal optou por transformar em categorias jurídicas. É o que ocorre com o *princípio da separação dos poderes*, adotado pela maior parte dos ordenamentos constitucionais coevos. Ademais, o intérprete não poderá descurar das conseqüências políticas de suas decisões.³³⁶

Toda essa construção diferencia-se da noção clássica de que a estrutura das normas constitucionais nem sempre é bidirecional, no sentido da correlação entre preceito e sanção. A doutrina é fértil em estabelecer normas meramente programáticas na esfera constitucional, negando, em última análise, sua eficácia e a admitindo como simples orientação ao legislador infra-constitucional, cuja inobservância não acarreta qualquer efeito jurídico.³³⁷

Zagrebelski observa que

segun la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener formulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderian, um vacío jurídico y producirian una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones.³³⁸

Nesse contexto, segundo Rodrigues, há princípios de interpretação constitucional, tais como o princípio da unidade da constituição (interpretação que afaste contradições entre as normas internas da Constituição), princípio integrador (adoção de critérios que viabilizem a integração política e social e o reforço da unidade política), princípio da justeza ou conformidade funcional (interpretação que assegure a divisão das funções constitucionalmente previstas, no sentido da manutenção do equilíbrio entre os poderes), princípio da concordância prática (buscar evitar o sacrifício dos bens jurídicos em conflito), princípio da força normativa (prevalência da norma constitucional através de sua atualização de sentido) e da máxima eficácia (garantia da maior eficácia possível ao conteúdo constitucional, especialmente quanto às normas ditas programáticas).³³⁹

A busca pela máxima eficácia das normas constitucionais é elemento que se soma à obrigação da promoção dos Direitos Fundamentais, objetivando concretizar o mandamento

³³⁶ RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. A moderna interpretação dos direitos fundamentais. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

³³⁷ “Parece estar ligada a isso a característica própria das normas constitucionais, que é a de não possuírem, muitas vezes, aplicação forçada à maneira das outras leis, cujo aparato estatal pode fazer cessar a violação. Quando a Constituição é violada, mormente pelo órgão máximo do Poder Executivo, não há agência externa para fazer cessar a violação.” Ibid., p. 110.

³³⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: leis, derecho e justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 112.

³³⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 112.

constitucional independentemente da extensão e detalhamento de seu conteúdo, viabilizando o exercício do direito constitucionalmente assegurado independentemente da edição de lei infraconstitucional que a assegure.

Como acabo de señalar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se há limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también Del estilo de pensamiento de juristas y teóricos Del Derecho. La constitucionalización de pensamiento jurídico há dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se denominado genericamente ‘constitucionalismo’ (y mas precisamente “neoconstitucionalismo” com el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido em la actualidad) a la teoria o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización Del Derecho em términos normalmente no positivistas.³⁴⁰

Toda essa concepção acaba por revisitar o positivismo em termos de prevalência da norma constitucional, evoluindo, contudo, quanto à produção de efeitos diretamente da esfera constitucional. Trata-se da constitucionalização dos Direitos³⁴¹, impondo, inclusive, a interpretação do Direito segundo o mandamento constitucional.

A compreensão da Constituição como topo da pirâmide do Direito acabou por atribuir a esse tipo de norma legal a maior relevância dentro dos sistemas jurídicos.

Así pues , la observância de la constitución, em la medida em que ésta sea también una norma, debe justificarse em base a normas de carácter superior. Dicho de outro modo, si um juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta consitucional. Pero esta última, si bien representa um limite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye um puente que permite el pasaje al discurso moral. Este último es, em última instancia, el único discurso que puede prover una justitfacións a la observância o la aplicaión del derecho. Em efecto, una norma moral se acepta em virtud de su contenido y no por su gènesis; ella sola, por tanto, constituye la justitficação ultima de una acción o de uma decisión. La justitfación jurídica, pues, es em ultima instancia necesariamente moral.³⁴²

Oportuno observar que na esteira do neoconstitucionalismo, os princípios assumem função preponderante: enquanto no positivismo tinham valor subsidiário em relação à prevalência do conteúdo da lei, no neoconstitucionalismo os princípios assumem o papel de

³⁴⁰ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria de derechos em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 160.

³⁴¹ Guastini observa que “por constitucionaliazacion del ordenameinto jurídico propongo entender um processo de transformacion de um ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmete impregnado por lãs normas constitucionales. un ordenamiento jurídico consitucionalizado se caracteriza por uma consitucion extremamentre invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislacion como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la accion de los atores politicos, así como lãs relaciones”. GUASTINI, Ricardo. La consitucionalizacion del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconsitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003. p. 49.

³⁴² POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretacion constitucional. *Doxa-Cuadernos del Filosofia del Derecho*, Alicante, n 21-II, p. 342, 1998.

orientadores na construção do sentido da norma.

O Direito Constitucional passa, assim, a lidar com

mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.³⁴³

Essa nova concepção do Direito e da Constituição irradiam efeitos para todos os ramos da ciência jurídica, abrangendo especialmente o direito processual. Como já referido, a constituição e o constitucionalismo assumem papel preponderante no movimento de democratização do processo.

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição, como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais da vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.³⁴⁴

Essa mudança do paradigma constitucional acaba por impor nova forma de encarar o processo e de interpretação da legislação processual. O objetivo máximo da concretização dos Direitos Fundamentais transfere-se também para o processo, que é, em última análise, instrumento plenamente capaz de cumprir as promessas do Estado Democrático.

Com essa afirmativa não se quer apregoar que o processo é a panacéia da pós-modernidade, mas que seu conteúdo e forma são plenamente aptos a concretizar direitos e a criar espaço de diálogo democrático entre as partes.

Didier Jr. refere que

as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí que, por exemplo, o § 5º do art. 461 do CPC permitir ao magistrado a determinação de *qualquer* medida executiva para efetivar a sua decisão, escolhendo-a à luz das peculiaridades do caso concreto) e [...] o legislador

³⁴³ SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 132.

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*, 2000. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 112.

deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório.³⁴⁵

Na mesma linha, José Roberto Freire Pimenta lecionada, que

A busca pela efetividade do direito processual, concebido como mecanismo de concretização do direito material do qual é ele o instrumento inafastável, tem trabalhado várias questões que são complementares. Em síntese, procura-se abandonar o tecnicismo e o formalismo excessivos para construir um processo de resultados, capaz de concretizar, na realidade prática e dentro de um tempo razoável, a finalidade precípua da função jurisdicional: a pacificação, com justiça, dos conflitos intersubjetivos de interesses.

Isso se deve a uma constatação realista que é comum a todos os sistemas jurídicos mais avançados do mundo contemporâneo: a consciência de que esse instrumento processual, por melhor que seja, tem limitações óbvias e inevitáveis.³⁴⁶

A concretização do Direito através do processo³⁴⁷ justo acaba traduzindo-se em função inerente e relevante do Estado, na medida em que a solução dos litígios deve ser implementada com o objetivo da sentença também justa. Trata-se da concretização do Direito Fundamental constitucionalmente assegurado da dignidade da pessoa. Assim, o processo deve ser orientado de modo a viabilizar as melhores condições possíveis de participação das partes na defesa de seus interesses.

Além da atuação do juiz ativo (típico do Estado concretizador da igualdade material) e da utilização do processo como redutor das desigualdades, deve ser oportunizado às partes sua efetiva influência na decisão sobre o caso. Nesse passo, Sergio Chiarloni observa que a sentença justa depende da correta aplicação da norma e da adequada reconstrução dos fatos.³⁴⁸

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni,

O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido, ou ao *conceito tradicional de acesso à justiça*. Não importa apenas dizer que todos

³⁴⁵ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Bahia: Jus Podium, 2009. p. 29.

³⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, p.152. fev. 2001.

³⁴⁷ “O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.” GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

³⁴⁸ CHIALONI, Sergio. Giusto processo, garazie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, 152, v. 152, p. 104, 2007.

devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, e, assim, à efetiva possibilidade de argumentação e produção da prova.³⁴⁹

A sentença justa somente pode ser obtida através do processo justo. Outrossim, o processo justo e a efetividade da tutela jurisdicional são os instrumentos postos à disposição do Estado Democrático de Direito para a concretização de seu objetivo.³⁵⁰ Dinamarco observa que o processo justo deve ser acessível a todos e a todas as causas, ágil, simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e utilizando-se da vigilância do juiz para a instrução, com sua interferência até o limite das liberdades dos litigantes.³⁵¹

Boaventura Santos destaca que

Muitas das decisões judiciais protagónicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na protecção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Nesse caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses.³⁵²

No mesmo sentido, Gisele Cittadino observa que

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.³⁵³

Portanto, essa nova concepção de processo guarda total relação com as teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, considerando a inserção da obrigação da concretização dos Direitos Fundamentais na própria esfera constitucional, da máxima eficácia que esse mandamento deve ter e do fato que os Direitos Fundamentais também se concretizam em garantias dos litigantes no processo.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Direitos fundamentais à efetividade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 155, p. 23, 2008.

³⁵¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

³⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 20.

³⁵³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 17.

4.2 Os Direitos Fundamentais na Perspectiva do Processo

Do ponto de vista processual, o direito ao devido processo legal é o fundamento e o mais importante Direito Fundamental. Historicamente sua origem remonta à Magna Carta de 1215, na Inglaterra (excluindo, evidentemente, qualquer concepção análoga de processo e direitos na democracia grega), e foi utilizado como forma de limitação do poder absoluto.

Nos Estados Unidos é que o *due process of law* teve maior desenvolvimento em termos doutrinários e de aplicação prática contra o arbítrio estatal. Tornou-se um dos objetos mais freqüentes e fonte da jurisprudência na Suprema Corte.³⁵⁴

Um dos primeiro acórdãos que empregam o *Substantive Due Process* é *Lochner v. New York*. Pronunciado por uma fraca maioria (5 contra 4), ele declara incompatível com 'o direito de comprar ou de vender o trabalho' uma lei do Estado de Nova York que limita a sessenta horas semanais ou dez horas diárias a jornada de trabalho dos trabalhadores de panificação. Ao voto dissidente do juiz Harlan, ao qual se juntam os juízes White e Day, acrescenta-se um voto dissidente mais radical do juiz Holmes. O primeiro apóia-se na existência de legislações que limitam a jornada de trabalho em numerosos países da Europa, recorre ao direito comparado que, com exceção do direito inglês, é pouco usual na Corte Suprema dos Estados Unidos. O segundo coloca a questão nos termos da divisão dos poderes entre o legislador e o juiz: cabe ao primeiro, não ao segundo, fazer a escolha de uma teoria econômica. E o juiz Holmes lembra a validade de leis que alguns juízes não teriam aprovado se fossem legisladores, como as *Sunday Laws*, mas que jamais foram objeto de censura constitucional. *Lochner* será ainda seguido por uma séria de acórdãos da Corte Suprema que expressam uma política econômica ultra liberal até que ocorra uma verdadeira reviravolta da jurisprudência na época do *New Deal*.³⁵⁵

Do ponto de vista do processo, todos os princípios decorrem do Direito Fundamental do *due process of law*.³⁵⁶

O devido processo, que está longe de ser um conceito estático e fixo, deixa de ser compreendido em uma dimensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, passando a ser informado pelos direitos fundamentais, em uma perspectiva dinâmica e substancial, de modo a ser visualizado em sua dupla dimensão (processual e material) como direito de defesa e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento. Fala-se, assim, em um processo justo, para designar aquele modelo de processo conformado pelos direitos fundamentais, os quais deixam de ser visualizados sob um prisma defensivo, próprio do Estado liberal, além de sofrerem todos os influxos do regime jurídico dos direitos fundamentais. Nessa linha, mostra-se necessária uma

³⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

³⁵⁵ RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo, Martins Fonte, 2000. p. 265-6.

³⁵⁶ "O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais." STF - AI nº. 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

coordenação dos direitos fundamentais que compõem processo justo, já que este não se cristaliza, nem se exaure, em nenhum deles sozinho.³⁵⁷

No contexto liberal o direito ao devido processo legal³⁵⁸ assume a condição de conteúdo dos Direitos Fundamentais, buscando afastar a incerteza e arbitrariedade que marcou o processo correspondente aos modelos de Estado feudal e absolutista e assegurando-lhe feição lógica, racional, técnica, de previsibilidade no resultado e, sobretudo, de transparência.

Sobre essa questão, José Maria Rosa Tesheiner leciona, com arrimo em Sálvio de Figueiredo Teixeira, que

o due process of law constitui a síntese de três princípios fundamentais, a saber, do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. Contempla este a observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo.³⁵⁹

A noção de juiz natural é garantia indispensável ao Estado Democrático. Assegura, com base na Constituição, a ausência de tribunais de exceção, criados para o julgamento de casos específicos. É direito do litigante que assegura a imparcialidade do julgador e a impossibilidade do Estado atuar arbitrariamente.

A posição aqui assumida é que neutralidade é a possibilidade da manutenção da indiferença diante de um quadro que manifesta posições antagônicas; posições estas que precisam ser pacificadas no âmbito do intermediário social, que é o local privilegiado assumido pelo Direito. [...] pode-se afirmar que a imparcialidade é um pressuposto processual de existência válida do processo, dando às partes igualdade de condições para exercerem suas atividades postulatórias e instrutórias na formação do convencimento do magistrado.³⁶⁰

O juiz natural é aquele que integra o Poder Judiciário, sendo detentor das prerrogativas inerentes ao exercício dessa função, tudo com amparo na Constituição. José Celso de Mello Filho observa que apenas os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos

³⁵⁷ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

³⁵⁸ Conforme Carlos Roberto de Siqueira Castro, o princípio permite que o Judiciário negue aplicação a leis injustas, mesmo que de direito material. O "devido processo legal" opera em íntima associação com outros princípios supra legais, notadamente o da legalidade, o da igualdade e o da ampla defesa, e contém, ao lado de dimensão adjetiva, indicada por sua própria denominação, outra, mais importante, substantiva, que permite ao juiz, tomando por paradigma a denominada jurisprudência construtiva, entrar no mérito dos atos administrativos e mesmo legislativos, pondo em questão sua "razoabilidade". Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil* apud TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 54.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 54.

³⁶⁰ MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 69-70.

na Constituição preenchem o conceito de juiz natural.³⁶¹

Esse princípio, além de vedar a criação dos tribunais de exceção, também impõe que as regras de competência sejam rigorosamente obedecidas.

Alexandre de Moraes observa que

o direito a um juiz imparcial constitui, portanto, garantia fundamental na administração da Justiça em um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador. Sempre, repita-se, no intuito de garantir a imparcialidade do órgão julgador.³⁶²

No que tange ao procedimento regular, conforme já referido, é da essência do próprio Direito Processual que haja lei prévia assegurando o tratamento das partes perante o Poder Judiciário e a disciplina de modo equilibrado e lógico dos diversos atos a serem praticados a fim de construir a sentença. Trata-se de requisito inerente ao conceito de processo justo. Modernamente vários autores vêm atentado que o Direito processual deve guardar relação com o Direito material que busca tutelar. Esse distanciamento possui razões históricas e remonta à época da defesa da autonomia do processo frente ao Direito material.³⁶³

A atribuição de função ativa do juiz no processo importa na existência de espaços a serem preenchidos, no processo, por quem lhe incumbe coordenar, assegurando a correspondência do processo ao Direito que busca tutelar³⁶⁴. Trata-se da implementação da

³⁶¹ MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 526, n. 291.

³⁶² MORAIS, Alexandre. *O princípio do juiz natural como garantia constitucional*. Aula magna proferida na abertura do II Curso de Pós-graduação 'Latu sensu' – Especialização em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura, no dia 04 de agosto de 2003, no auditório da EPM. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15534-15535-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

³⁶³ “Imaginou-se, assim, que o direito de ir a juízo, concebido como direito de ação, nada teria a ver com o direito material, e que assim a ação poderia ser vista como entidade abstrata. Nessa linha, a defesa foi vista como mera contrapartida da ação, e assim também sem qualquer ligação com o direito material. [...] No entanto, o fruto mais óbvio dessa escola foi a pretensão de uniformização do procedimento. A idéia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material. [...] Não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre *autonomia* e *indiferença*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42-43.

³⁶⁴ “o dever de proteção se dirige contra o Poder Público, e não apenas, como se poderia pensar, contra o *legislador*. Se o Estado tem o dever de proteger os direitos, seria incoerente supor que esse dever depende apenas de *ações normativas*. [...] Ademais, a proteção, mesmo no plano normativo, não pode ficar restrita a normas de direito material, pois o processo civil também se constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, seja para evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento. [...] O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. [...] O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. [...] Nesse caso, o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 170-172.

efetividade do provimento jurisdicional³⁶⁵, superando o paradigma liberal da tutela pela equivalência econômica³⁶⁶.

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes.

As garantias de um processo justo tornam obsoleta a tradicional distinção entre processo e procedimento, porque tanto do ponto de vista intrínseco quanto extrínseco o exercício da jurisdição deve estar por elas impregnado.³⁶⁷

O contraditório, por sua vez, assegura que a parte demandada possa apresentar seus argumentos e conhecer dos argumentos invocados pelo autor. Nicola Picardi diz que

A audiência bilateral tem origem na Antiguidade grega, mencionada por Eurípedes, Aristófanes e Sêneca, chegando ao direito comum como um princípio de direito natural inerente a qualquer processo judicial, consistente no princípio segundo o qual o juiz somente está apto a decidir o pedido do autor depois de notificá-lo ao réu e de dar a este a oportunidade de se manifestar.³⁶⁸

Busca evitar que qualquer cidadão seja tangido em seus bens (sejam materiais ou imateriais) sem que tenha tido oportunidade de participar no processo e de influir na decisão dele decorrente.

A fundamentação da decisão judicial também adquire excepcional relevância, na medida em que é o meio que legitima a decisão e afasta a arbitrariedade. O déficit democrático dos juízes, nos sistemas em que não há eleição para o cargo fica superado pela fundamentação adequada e racional da decisão, e pelo amparo constitucional da atuação na jurisdição. Veja-se que

la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada em el

³⁶⁵ Sobre o tema conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129 e SS.

³⁶⁶ Sobre o tema conferir. *Ibid.*, p. 44-49.

³⁶⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

³⁶⁸ PICARDI, Nicola apud GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 31, n. 24, p. 71, mar. 2005.

mejor de los casos em su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir domeñada por uma depurada argumentación racional.³⁶⁹

A fundamentação do ato judicial assim, constitui mais um dos Direitos Fundamentais das partes.

Na lição de Leonardo Greco, o contraditório implementa-se através da citação, que viabiliza o conhecimento da existência da ação; da garantia de prazo razoável e oportunidade para responder ao pedido; oportunidade para a produção de provas e conhecimento e manifestação sobre as provas da parte contrária; oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, bem como do registro das observações que desejar e da garantia do duplo grau de jurisdição.³⁷⁰

Robert Wynnes Millar observa, quanto aos Direitos Fundamentais no processo, que

han de ser oídas ambas partes: el principio de la audiencia bilateral (Grundsatz des beiderseitigen Gehoers). Inseparable en absoluto de la administración de justicia organizada, encuentra igualmente expresión em el precepto romano: audiatur et altera pars y en el provervio em rima de la Alemania medieval: 'Eines mannes red ist Keine red, der richter soll die dell verhoeren heed'.³⁷¹

O direito ao contraditório ganha ênfase a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando passa a ser aplicado o entendimento de que deve ser possibilitada a participação das partes em todo o ato processual que possa influir na formação da opinião do juiz. A sentença não deve ter eficácia que o juiz não construiu com a colaboração das partes.³⁷²

Trata-se de uma forma de acesso à justiça, qualificada pelo seu conteúdo.

A garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada.

As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela

³⁶⁹ SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 115.

³⁷⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

³⁷¹ MILLAR, Robert Wynnes. *Los principios formativos del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 47.

³⁷² Conforme FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/analise-critica-dos-principios-do-contraditorio-e-da-oralidade>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

Sobre o tema, conferir PICARDI, Nicola. Il principio del contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, ano 53, p. 673/681, jul./set. 1988.

dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance [...].³⁷³

O contraditório é, assim, eleito como o instrumento que viabiliza a participação das partes no processo e esse contraditório participativo não é possível senão a partir da oralidade.

Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigi-lo antes do julgamento mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo, compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa. A praxe de decisões não antecedidas de audiência oral significa apenas que a oralidade é renunciável.³⁷⁴

O direito ao contraditório³⁷⁵ é a exteriorização mais importante do direito à ampla defesa (ao lado da liberdade probatória), e sua concretização no processo exige a prática dialética. A igualdade de tratamento deve ser obrigação da lei, bem como do juiz, mas a distinção no tratamento é justificada quando houver diferenças relevantes entre os litigantes. Trata-se de dar concretude do direito à igualdade, agora, superando o modelo liberal, igualdade material.³⁷⁶

Apesar de certos princípios constitucionais processuais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto, não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo. Por ser

³⁷³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

³⁷⁴ *Ibid.*,

³⁷⁵ “Entretanto, até chegarmos a esse moderno conceito de contraditório, algumas etapas precisaram ser vencidas. Num primeiro momento, onde vigorava o jusnaturalismo, não havia jurisdição sem contraditório. Este era considerado um princípio da razão natural.

Em um segundo momento, o contraditório experimenta significativa desvalorização que começa com o advento da Primeira Guerra Mundial. Nesse período, o contraditório passa a ser tido como uma categoria acidental do processo.

Em uma terceira etapa evolutiva, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, há a revalorização do contraditório e busca-se o resgate de sua idéia clássica por meio de uma nova compreensão do acesso à justiça. É exatamente nesse momento que o contraditório é elevado à garantia constitucional e desenvolve-se a idéia de que na sentença não deve ter eficácia o que o juiz não construiu com a colaboração das partes.”

FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/analise-critica-dos-principios-do-contraditorio-e-da-oralidade>>. Acesso em: 1º mar. 2012. Para melhor estudo da evolução do contraditório ao longo da história, veja-se PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, ano 53, p. 673/681, jul./set. 1988.

³⁷⁶ “Pode-se dizer que o contraditório, como decorrência do princípio da paridade das partes, significa dar as mesmas oportunidades para as partes, como criado no direito alemão Chancengleichheit, e também os mesmos instrumentos processuais (Waffengleichheit), o que exige uma vigilância constante do juiz sobre os processos.

Porém ressalte-se que essa igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais”. FARIAS, op. cit.

inseparável da administração da justiça, constitucionalmente organizada, Winess Millar considerada esse princípio como ‘*el más destacado de los principios cuestionados*’, enquanto Calamandrei o define como ‘*o mais precioso e típico do processo moderno*’.³⁷⁷

Esse direito, no processo civil, envolve alguns aspectos³⁷⁸ tais como o direito de informação³⁷⁹, direito de manifestação³⁸⁰, direito à igualdade³⁸¹ e direito de ver seus argumentos considerados e analisados³⁸².

³⁷⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

³⁷⁸ Quanto à questão, é oportuna a referência ao voto do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24268 / MG:

“Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör' (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht' que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação ('Recht auf information'), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos deles constantes;

2) direito de manifestação ('Recht auf Äusserung'), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados ('Recht auf Berücksichtigung'), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo ('Aufnahmefähigkeit un Aufnahmebereitschaft') para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, n. 85-99)”.
³⁷⁹ Obrigação do juiz de informar às partes sobre os atos praticados no processo e sobre os elementos e conseqüências dele decorrentes.

³⁷⁹ Obrigação do juiz de informar às partes sobre os atos praticados no processo e sobre os elementos e conseqüências dele decorrentes.

³⁸⁰ Assegura às partes a possibilidade de manifestação sobre todos os atos e provas do processo em prazo razoável para tanto. Conecta-se diretamente com o direito à informação.

³⁸¹ Iguais oportunidades asseguradas às partes do processo, admitindo o tratamento diferenciado em casos específicos, como na distribuição do ônus da prova. Esse tratamento diferenciado entre as partes, em regra, deve ser instituído pela lei e não pelo juiz, considerando a obrigação de imparcialidade que recai sobre esse agente.

³⁸² Esse direito vincula-se diretamente com o dever de motivação das decisões judiciais. O dever de motivar é outro ponto de controvérsia no processo atual e que parece ter sido deixado de lado pelo Poder Judiciário.

Ovídio Baptista observa que “A avalanche de recursos provoca uma extraordinária violência contra a Constituição. A causa é julgada privadamente. O julgamento não é público. Mesmo assim, ele se dá pro unanimidade, sem que os demais componentes do colegiado proclamem publicamente seus votos. Para o público que assiste à sessão de julgamento, os votos dos demais magistrados são um segredo, embora se fique sabendo depois que os votos se resumiram ao tradicional “de acordo com o relator”. É de supor que tenham votado também na véspera. As comunicações eletrônicas permitem que o julgamento colegiado se dê antes da abertura da sessão pública. Neste, ouve-se apenas a voz do Presidente a proclamar o resultado.

Há, porém, nestes órgãos colegiados, um privilégio para os advogados que produzem sustentações orais. Estes têm direito ao julgamento público. Porém, a sustentação – salvo exceções honrosas – é pura cena, porque o acórdão redigido de véspera, está na tela do computador do relator, mantendo-se imperturbável. Concluídas as sustentações orais, o relator já não necessita mais retirar do bolso o acórdão que trouxera de casa. Sua tarefa limita-se à leitura do acórdão que está na tela de seu notebook.” SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 95.

O mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo é o princípio do contraditório, que exprime na sua projeção processual o princípio político de regência das relações entre o Estado e os cidadãos que é o da participação democrática, segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão.³⁸³

Classicamente,

o referido princípio caracteriza-se pelo fato de o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não pode julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de exporem suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito, pois, doutrina Chiovenda: *‘Como quem reclamada justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições’*. Isso traz como consequência necessária a igualdade de tratamento entre as partes, *em todo o curso do processo, não se limitando somente à formação da litis contestatio*. É o que se depreende do *caput* do art. 5º da CF, bem como do inc. I do art. 125 do CPC. Mas essa igualdade entre as partes, no dizer de Couture, *‘no ES uma igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades em el ejercicio de la acción y de la defensa’*.³⁸⁴

Sobre o poder de influência assim diz Fredie Didier Jr.:

Quais são os elementos que compõem a garantia do contraditório? Essa garantia desdobra-se em duas facetas. A faceta básica, que eu reputo formal, é a da participação... Mas não é só isso. Há o elemento substancial dessa garantia. Há o aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de poder de influência.

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela *seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado*.³⁸⁵

Assim, o contraditório acaba por assumir nova feição a partir do Estado Democrático de Direito, traduzindo um dos Direitos Fundamentais inerentes ao processo.

A partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente através de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evenciado, ainda, mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a azeitada advertência realizada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é *‘um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz’*.³⁸⁶

No contraditório participativo, a prova adquire a condição de um dos elementos mais

³⁸³ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 7, n. 9, p. 121, dez. 2006.

³⁸⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

³⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1, p. 57.

³⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

relevantes do exercício da defesa, na medida em que, em regra, os fatos articulados na contestação carecem de serem provados. No atual panorama já se encontra consolidado o direito à produção de todas as provas que possam ter relação e relevância para as teses invocadas pelas partes.

Surge, assim, o contraditório como expressão do diálogo humano, como vínculo de solidariedade capaz de formar uma ponte de ouro apta a superar o abismo existente entre as partes e o juiz. Em outras palavras, a oralidade constitui, indubitavelmente, pressuposto do contraditório participativo.³⁸⁷

Apesar de o juiz ser o destinatário da prova, cabendo a ele a decisão a respeito de sua admissão, essa visão sofre alteração no contexto do contraditório participativo, na medida em que a liberdade probatória deve ser assegurada até os limites de sua utilidade, direito que fica limitado apenas pelo direito à razoável duração do processo e pela obrigação de boa-fé dos litigantes.

O juízo de relevância da prova se reduz, desse modo, ao de não manifesta irrelevância. E para formulá-lo, o juiz não pode observar a causa da sua perspectiva de julgador, influenciada pela experiência dos casos semelhantes anteriormente julgados, mas deve situar-se na posição da parte a quem a prova interessa, para daí extrair a sua aptidão a produzir algum conhecimento relevante.³⁸⁸

Conforme Maccornick, no processo

surgem as disputas acerca da interpretação correta dos materiais jurídicos, sobre a correta interpretação das provas, sobre a correta avaliação dos elementos de prova em conflito, sobre a caracterização adequada dos fatos provados ou confessados, ou sobre sua relevância com relação aos materiais jurídicos apresentados. Essas disputas não são um tipo de excrescência patológica em um sistema que deveria de outra forma funcionar tranquilamente. Elas são um elemento integrante de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito. Isso porque esse princípio insiste na apresentação pelo governo de base jurídica adequada para qualquer ação, completada pelo Direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo governo para suas ações.³⁸⁹

Com arrimo no referido autor, é de considerar que o acirramento da litigiosidade na sociedade inevitavelmente descamba para a majoração do número de demandas entre os cidadãos e conclama a jurisdição e cumprir seu papel social. Isso é inerente ao modelo de

³⁸⁷ FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/analise-critica-dos-principios-do-contraditorio-e-da-oralidade>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

³⁸⁸ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 7, n. 9, p. 124, dez. 2006.

³⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 36.

Estado vigente e reflete a importância da jurisdição, do processo e dos juízes como gestores da jurisdição e do processo.

Todos esses argumentos acabam encerrando conclusão circular referente ao conteúdo do Estado Democrático de Direito, ao processo e à concretização dos Direitos Fundamentais, na medida em que o foco do processo deixa de ser a verdade formal e desloca-se para um conteúdo mais próximo da realidade e consentâneo com a noção de justiça.

No Estado Democrático de Direito a igualdade abandona a condição de panorama inicial e necessário do indivíduo para assumir a posição de objetivo a ser atingido. Não basta apenas o tratamento isonômico, sendo indispensável a promoção da igualdade ou da redução das desigualdades. Esse é o conteúdo da igualdade material e objetivo a ser perseguido pelo Estado como forma de transformação do *status quo*.

Numa síntese feliz, Taruffo apontou como pressupostos de uma decisão justa a correta qualificação jurídica dos fatos, a adequada interpretação da norma jurídica aplicável, a aceitação da veracidade dos fatos apurados e um procedimento válido e justo⁷, ou seja, uma relação processual formada e desenvolvida com absoluto respeito às garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.³⁹⁰

A paridade de armas defendida como igualdade no plano do processo acaba sofrendo os efeitos de todos esses conceitos e objetivos eleitos pelo Estado. Essa igualdade, entendida como a garantia de que a liberdade de atuação de uma parte no processo não pode inferiorizar a outra, bem como que nenhuma parte seja colocada em posição de desvantagem em função da outra fica superada pela necessidade da redução das desigualdades.

Embora isso não signifique a quebra o paradigma da garantia aos litigantes de poderem manejar seus argumentos e provas, ou das mesmas oportunidades de sucesso no julgamento do pedido, a implementação da igualdade no aspecto material impõe o tratamento diferenciado das partes, a fim de reduzir a desigualdade material das partes³⁹¹, pré-existente à própria relação processual.

Cabe ao juiz suprir as deficiências da parte em desvantagem, mas o deve fazer sempre em atendimento à lei e ao comando constitucional, únicos meios capazes de instituir o tratamento desigual entre os desiguais, pois antes de qualquer coisa o juiz é obrigado ao dever

³⁹⁰ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 7, n. 9, p. 125, dez. 2006.

³⁹¹ E também a idéia de justiça, desde o pensamento filosófico da antiguidade clássica, sempre esteve vinculada à de igualdade⁸: “Se o injusto é o desigual, o justo é o igual”. *Ibid.*, p. 126.

de imparcialidade.³⁹²

Nesse aspecto, a imparcialidade³⁹³ judicial acaba ganhando novo viés, ultrapassando a noção clássica do simples tratamento igualitário das partes:

a partir do momento histórico em que se postula a existência de um processo *justo e equo*, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional tanto na esfera do processo civil como no âmbito do processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.³⁹⁴

O desenvolvimento de funções cada vez mais relevantes para o Estado e para a sociedade impõe ao juiz as obrigações clássicas de imparcialidade e de capacidade cognitiva e técnica de maneira mais forte, considerando a atribuição de vários poderes que historicamente lhe foram negados.³⁹⁵

Historicamente

O cérebro do magistrado receberia imparcialmente e passivamente as informações advindas e já prontas de fora, provenientes da relação jurídica processual e das normas jurídicas positivadas. O conhecimento não seria nada mais do que o resultado do processamento de tais informações. O conjunto de informações captadas pelo magistrado é proveniente do primado da lei como regra geral abstrata e universalmente obrigatória (positivismo jurídico). A atividade do juiz não passaria de uma tarefa vinculada ao conhecimento, sendo a interpretação uma mera leitura da norma escrita.³⁹⁶

³⁹² Exemplos atuais disso são, por exemplo, o tratamento dispensado ao consumidor, ao meio-ambiente, aos empregados e à Administração Pública, assegurando, no plano do processo, tratamento privilegiado em relação à outra parte, sem que isso caracterize qualquer ilegalidade ou quebra da garantia isonômica, contanto que esse tratamento desigual seja implementado como forma da redução das desigualdades entre as partes.

³⁹³ Robert Wynnes^{7y} observa que “inspirando notablemente en la obsesión del Rey de que los letrados eran responsables de las poco satisfactorias condiciones de la justicia civil (referindo-se quando ainda vigorava o princípio dispositivo) el sistema creado trató de reducir su influjo al mínimo posible, por la ampliación de las funciones de los tribunales. El nuevo régimen, cuyo germen radicaba en um código provisional adoptado para Pomerania en 1747 – la que, se dice en tiempos antiguos era llamada ‘Terra Litigiosa’ – fue convertido en 1781 en ley general, y, finalmente, después del advenimiento al trono de Frederico II, se aperfeccionó en la Ordenanza Judicial General (*Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1793-5. Según este sistema, las alegaciones de las partes eran formuladas por un juez delegado – *el Instruent* – o por funcionarios judiciales subordinados, conocidos como ‘comisarios de justicia’ (*Justiz-Kommisare*) que entonces formaban el único cuerpo reconocido de profesionales juristas. Dichos comisarios comparecían también en la recepción de la prueba, patrocinando a las partes. La representación por otros abogados se limito a la discusión (por escrito) de las cuestiones de derecho involucradas en la causa. De esta manera, la acumulación del material del juicio quedó sujeta al control del tribunal. MILLAR, Robert Wynnes. *Los principios formativos del processo civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 70.

³⁹⁴ SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 106-107.

³⁹⁵ A doutrina atual, não raro, aponta grande similitude nas atividades legislativa e judiciária no que tange à construção do sentido da norma. Nesse sentido, conferir CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999.

³⁹⁶ SOUZA, op. cit., p. 183.

Outrossim,

Ao se postular a ‘neutralidade’ na função de julgar, distante dos conflitos internos e externos do magistrado, eleva-se essa imagem pública a um corolário sobre-humano ou divino, o que, na verdade, nada mais significa do que um produto de manipulação de imaginação coletiva que passa a assimilar e a exigir uma conduta do juiz nessa perspectiva.³⁹⁷

No Estado Democrático, considerando a garantia da influência do litigante na formação da decisão que disciplinará a relação jurídica controvertida, o debate assume o *status* de elemento central na humanização do processo, concretizando os Direitos Fundamentais e assegurando o contraditório participativo. O princípio da oralidade, por seu conteúdo, encontra-se, portanto, diretamente ligado com o exercício dos Direitos Fundamentais na esfera processual, mormente no contexto do Estado Democrático.

Garapon observa, considerando o papel social da jurisdição, que

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.³⁹⁸

Outro dado relevante quanto ao processo no Estado Democrático de Direito é que ele acaba por superar a tradicional função de proteção e repressão, buscando concretizar direitos, atuando inclusive concretizando direitos.

Nesse passo, Cappelletti refere que

Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser um ‘gendarme’ ou ‘*night watchman*’; ao contrário, o estado social – o ‘*État providence*’, como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*.³⁹⁹

Assim, há observar que todo o ordenamento jurídico processual acaba voltando-se para a esfera constitucional, atuando como instrumento da concretização de todos os valores previstos na Constituição e inerentes ao Estado Democrático de Direito.

³⁹⁷ SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 136.

³⁹⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p.48.

³⁹⁹ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999. p. 41.

4.3 Objetivos Modernos do Processo

Conforme já referido, o desenvolvimento do modelo Democrático de Direito acabou por impor uma série de obrigações ao Estado, as quais se refletem no processo em termos de legislação e da conduta das partes e do juiz.

O modelo de processo liberal, calcado no individualismo e na garantia da igualdade de armas entre os litigantes, foi superado pelos valores da igualdade material, modernamente defendida. A inércia do juiz, que apenas assiste a atuação das partes no processo, fica substituída pela atuação positiva no sentido de conduzir ou reconduzir os litigantes ao patamar de igualdade (ou de menor desigualdade), clamando, portanto, por novo regramento processual e pela assunção de novo papel pelo juiz.

Tudo isso vai cobrar um papel mais ativo do Estado, rompendo-se com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que cobrava o modelo puramente liberal. Paralelamente, o direito e o processo civil começam a sofrer os influxos dessa mudança, com reformas legislativas justificadas como rejeição ao individualismo associado aos princípios do liberalismo clássico. O processo deixa de ser um afazer privado, na medida em que passa a representar o exercício de uma função pública e soberana. Daí que o processo deixa de ser visto como ‘coisa das partes’, para espelhar um lugar no qual se exprime a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça. Em síntese, o processo deixa de ser visto como uma forma na qual se explica a autonomia privada no exercício dos direitos, assumindo a forma de instrumento que o Estado coloca a disposição dos privados para a atuação da lei.⁴⁰⁰

Veja-se que essa noção supera o paradigma liberal, que imaginara que a lei era fruto apenas da vontade do legislador, sem possibilidade de atribuição de novos ou outros sentidos que não o atribuído pelo Poder Legislativo.⁴⁰¹

É indiscutível que na maneira de pensar dos juristas influenciou poderosamente o esquema mental do racionalismo e o dogma político, daí decorrente, da separação dos poderes. Em virtude do primeiro, se imaginou possível derivar de normas gerais, sem a mediação de um ato de vontade, uma solução sistematicamente correta, para cada caso concreto; a atividade de juiz assemelha-se, de acordo com esta concepção, ao trabalho realizado por um computador moderno, alimentado de fórmulas que, combinadas conceitualmente, resolvem diversos problemas concretos. Em virtude

⁴⁰⁰ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais*: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

⁴⁰¹ “A vertiginosa aceleração da História tornou de uma evidência solar a distinção entre norma e sentido da norma. Mas evidente, por óbvio, mostrou-nos a distinção entre texto e norma, quebrando o sonho do Iluminismo que imaginara uma norma contida inteiramente em seu texto; norma transparente no texto que, por isso, teria um sentido invariável, um sentido congelado na História.” SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 93.

do dogma da separação de poderes, assemelha-se a uma heresia afirmar que os juízes realizam, à respeito da norma geral, um ato mais complexo que a mera subsunção lógica do particular (caso) no geral (norma).⁴⁰²

Quanto a essa questão, Baptista da Silva observa que:

Nosso tempo destruiu a esperança de que a lei tivesse um sentido tão permanente e constante como as verdades matemáticas. Conseqüentemente, a tarefa confiada aos juízes de descobrir a ‘vontade da lei’ tornou-se uma trágica quimera.

[...]

Sabemos, na prática, que nem juízes nem advogados acreditam mais nesse sonho, de resto tenebroso sonho de tiranos, supostamente agraciados com poderes sobre-humanos para produzir – em linguagem unívoca – o direito perfeito, portanto imutável.⁴⁰³

Não fosse apenas esse problema ligado ao paradigma de criação do Direito pelo Poder Judiciário, o contexto de litigiosidade inerente à sociedade moderna acaba impondo ao órgão responsável pela jurisdição volume de demandas incompatível com sua capacidade de produção, resultando em inefetividade e descrédito das instituições.

O Poder Judiciário

funciona segundo os princípios e pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam. Um ponto que não preocupa aquelas que se angustiam com os atuais problemas da administração da justiça é saber se a celeridade processual fora, realmente, concebida como um objetivo desejado pelo sistema. Ou seja, ainda não se demonstrou que nosso sistema processual fora programado para andar rápido.

Ao contrário, ao priorizar o valor *segurança*, inspirada em juízos de *certeza*, como uma imposição das filosofias liberais do *Iluminismo*, o sistema renunciou à busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com *celeridade* -, capaz de atender às solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna.⁴⁰⁴

Assim, conforme a lição do ilustre professor Ovídio Baptista, além dos problemas pragmáticos enfrentados pelo Poder Judiciário, ainda há a inconveniente convivência com um modelo de processo⁴⁰⁵ incompatível com os tempos modernos em termos de tempo, eficácia e custos. Nesse contexto, é oportuno remeter à doutrina de Cappelletti, referente à terceira onda

⁴⁰² KAUFMANN, Arthur. Analogia e natureza da coisa, original alemão de 1965, versão espanhola, 1976, Editorial Jurídica de Chile, p. 19 apud SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 90.

⁴⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 93.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 91.

⁴⁰⁵ Conforme Baptista da Silva, “nossa percepção, no entanto, não alcança os problemas estruturais que condicionam a atual situação vivida pelo Poder Judiciário – seja porque eles se tornaram, para nossa compreensão, “naturais”, como o dia e a noite e o movimento dos astros -, seja por parecerem-nos, de qualquer modo, como inalteráveis – a verdade é que a estrutura do sistema não é questionada, nem problematizada pelos que sofrem os danos de uma justiça que perdeu, até mesmo, a desejada funcionalidade”. Ibid., p. 91.

de acesso à justiça.⁴⁰⁶

Neil Andrews observa que

a legislação processual vem, em todos os países sofrendo alterações justamente para propiciar maior eficácia na concretização dos Direitos Fundamentais. Isso ocorre através de várias tendências, tais como a simplificação dos procedimentos, a ampliação do acesso à justiça e dos poderes do juiz na administração do processo.

A reforma implementada na Inglaterra, por exemplo, retrata essa tendência:

O novo sistema das CPR⁴⁰⁷ reconhece e busca promover os seguintes princípios, valores ou objetivos: (1) proporcionalidade, (2) igualdade processual, (3) envolvimento judicial ativo quanto ao gerenciamento de procedimentos, (4) rápido acesso à justiça por meio do aprimoramento de procedimentos sumários, (5) restrição à *disclosure*⁴⁰⁸ excessiva de documentos, (6) aumento dos recursos para utilização de ordens de prestação de garantias quanto a custos de forma disciplinar, (7) contenção de recursos, (8) estímulo de acordos mediante o uso de incentivos relativos às custas, de forma a conduzir à aceitação das propostas razoáveis de acordo, e (9) fomento judicial quanto ao uso das ADR⁴⁰⁹, especialmente no que diz respeito à mediação.⁴¹⁰

Outrossim, esta terceira onda de democratização do acesso ao Poder Judiciário

não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.⁴¹¹

Veja-se que esse mesmo conceito foi adotado na Inglaterra, conforme relata Neil Andrews, sobre a forma processual:

E o mesmo autor prossegue, discorrendo sobre alguns pontos da reforma:

Igualdade processual: O acesso à justiça melhorou, apesar do endêmico problema envolvendo despesas. O sistema de honorários condicionais permite que as pessoas comuns tenham seus processos financiados por grupos de advogados empreendedores. [...]

Envolvimento judicial ativo: O princípio de que as partes controlam o processo foi alterado. As CPR criaram um panorama geral, que propicia a participação ativa dos juízes na fase pré-litígio nos casos de processos moderada ou extremamente complexos. Solicita-se aos juízes garantir que os processos contenciosos sejam conduzidos com razoável rapidez, e que as principais questões sejam identificadas e priorizadas. Durante o julgamento (e quando de sua respectiva preparação), os juízes

⁴⁰⁶ Cf. item 2.2 p. 63 e ss. supra.

⁴⁰⁷ Civil Procedure Rules. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.

⁴⁰⁸ Trata-se da atividade consistente em as partes exibirem, uma à outra, as provas e as informações de que dispõe e que usariam em um futuro eventual Trial (que é a fase de audiências e julgamento). Cf. *Ibid.*, p. 21.

⁴⁰⁹ Arbitragem inglesa, cf. *Ibid.*, p. 50.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁴¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional*. Rondônia. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

devem controlar o volume de provas. No entanto, há limitações para iniciativa judicial:

(i) as partes ainda podem fazer a escolha das testemunhas factuais e podem formular os depoimentos de testemunhas, que serão apresentados durante a audiência;

(ii) as partes podem indicar peritos (elas também podem acordar sobre a escolha de um perito único comum, sendo este perito 'conjunto' uma novidade do sistema das CPR); é exigida permissão judicial para este uso, mas evita-se a escolha judicial dos peritos individuais, a não ser nos casos em que as partes não cheguem a um consenso quanto à escolha deste perito único comum;

(iii) A *Court of Appeal* já afirmava que é proibida a participação excessiva por parte dos juízes, durante o curso das provas, pois seria errado um juiz 'arrogar-se uma função quase inquisitória', dado que isto é algo 'totalmente contrário ao sistema adversarial';

Procedimentos sumários: a solução sumária da causa é estimulada por meio da apresentação de um teste que busca a 'probabilidade real de sucesso', conforme seção 24 das CPR;

Uso das custas como forma de induzir o bom comportamento das partes: A disciplina processual seria reforçada por uma mais ampla liberdade na fixação de ordens relativas às custas, com o objetivo de manter a disciplina no processo. O judiciário poderia decidir melhor sobre o valor das custas, de forma a refletir o fato de que a parte vitoriosa teria levantado questões desnecessárias.⁴¹²

O fato é que mesmo havendo vasta doutrina apontando a solução para, pelo menos parte dos problemas de acesso ao Poder Judiciário, a implementação dessas soluções encontra resistência nos meios jurídicos. Neil Andrews⁴¹³ aponta a possibilidade da organização da justiça civil, no modelo inglês, compatível com as aspirações modernas do processo, da seguinte forma: regulamentação do acesso ao judiciário e à justiça; garantia de justiça dos procedimentos: responsabilidade compartilhada entre o juiz e as partes; manutenção de processos rápidos e eficientes; obtenção de resultados justos, entendimento que coincide plenamente com as modernas teorias de revisão da legislação processual.

Nesse aspecto, Dierle observa que

Conforme preleciona Taruffo, podemos perceber pelo menos duas perspectivas de eficiência no sistema processual. Uma primeira, por mim nominada quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito. Como o próprio Taruffo explicita, ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para busca de uma decisão 'justa' (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os

⁴¹² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 65.

demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo.⁴¹⁴

Excluindo o problema pragmático (referente às vicissitudes inerentes ao mau funcionamento da estrutura – recursos financeiros, humanos, organizacionais, etc), o fato é que o Poder Judiciário não tem mais condições de oferecer prestação jurisdicional com razoável nível de qualidade e rapidez⁴¹⁵, em face da estrutura concebida para a prestação jurisdicional e da crescente complexidade social, com aumento exponencial do número de demandas.⁴¹⁶ A garantia jurídica de mais direitos aos cidadãos sem a suficiente contrapartida do mundo real causa o aumento da litigiosidade, situação que o Estado não se aparelhou previamente para enfrentar.⁴¹⁷

Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o *normativismo abstrato* – uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’.

Não há como ser diferente. O *normativismo* burocrático invade os cantos e recantos do sistema, contaminando a prática forense. Não há remédio capaz de superar esta

⁴¹⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 73, jul./dez. 2010.

⁴¹⁵ “Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também reflete essa mesma insatisfação, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engebrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo.” GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p.3.

⁴¹⁶ A descrença na Justiça retrata a crise da modernidade, que estabeleceu lugares seguros não mais sustentáveis. Diante desse quadro de insuficiência do Direito para regular as relações sociais, o desafio é a abertura democrática do sistema de justiça aos cidadãos. PINHEIRO, Carolina de Martins. *Escuta criativa: sobre a possibilidade de uma justiça moderna e democrática*. Em 1º Prêmio Novas Idéias para a Justiça. Brasília: SINDJUSDF, 2006. p. 4.

⁴¹⁷ De qualquer modo, esta prática estimula o arbítrio, porque os julgadores, por várias razões e circunstâncias, julgam-se dispensados de fundamentar adequadamente as sentenças. Quem declara – apenas descompromissadamente declara -, não tem que o que justificar. Não está obrigado a fundamentar a possível injustiça declarada, pela qual o declarante não é responsável.

O anedotário forense enriqueceu-se. Coisas que poderiam parecer impossíveis tendem a tornar-se naturais. Há, também aqui, exemplos ilustrativos. Existem órgãos colegiados de nossos tribunais cujas decisões são apenas anunciadas, e seus julgamentos proclamados, sem que as partes tenham acesso, sequer, em julgamento coletivo e público, ao relatório dos acórdãos. No dia do julgamento, o acórdão é entregue às partes, sem a menor cerimônia ou protocolo. Após o secretário apregoar o julgamento, ato contínuo, o presidente proclama o resultado e oferece aos interessados o acórdão pronto, que o relator trouxera de casa. SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 94-95.*

contingência. Pelo menos, não há remédio, até o ponto em que nossa vista pode alcançar.⁴¹⁸

A função do juiz, nesse novo contexto também sofre alteração. A admissão de que os cidadãos são diferentes entre si, das mais variadas maneiras, e a obrigação do Estado em promover, ideal e utopicamente, a igualdade ou, do ponto de vista real, a redução das desigualdades, acaba transferindo-se para o processo. Considerando a natureza e os interesses das partes envolvidas na relação processual (às partes cabe tão-somente a defesa de seus próprios interesses), cabe ao juiz zelar pela redução das desigualdades no âmbito do processo.⁴¹⁹

A passividade do juiz do Estado liberal, a subordinação da condução do processo à vontade e interesses das partes (admitindo, inclusive, a lentidão e o abuso) e o controle estrito do conteúdo da sentença através de sua vinculação ao teor da lei (identificada como o Direito)⁴²⁰ teve de dar lugar ao aumento dos poderes dos juízes, como forma de cumprir o objetivo do processo no Estado Democrático de Direito, de concretizar a justiça social. Essa nova concepção busca assegurar a rapidez e eficácia do provimento jurisdicional, traduzindo o

⁴¹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 94.

⁴¹⁹ “No início deste período histórico, a jurisprudência, pelo menos na Universidade brasileira, não era, sequer considerada fonte do Direito; fugia-se do caráter instável da jurisprudência, em favor da lei que, supostamente – por sua maior estabilidade –, haveria de oferecer a segurança de um resultado unívoco, quando aplicada. Fugíamos da jurisprudência, com sua natural insegurança e complexidade, como fugiram Savigny e a doutrina conceitualista que ainda nos afoga.

Nicola Picardi, escrevendo, no alvorecer do século XXI, mostra que o nosso tempo busca o direito jurisprudencial (La vocazione Del nostro tempo per La giurisdizione, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Guiffirè, 2004).

Este retorno ao direito formado pela jurisprudência navega contra as aspirações do século XIX, com sua conhecida vocação para a legislação e para os códigos, particularmente a vocação própria dos sistemas jurídicos herdeiros do direito comum medieval. Nossas instituições processuais, no entanto, não foram avisadas dessa prodigiosa transformação, nem nos fio possível instituir um magistrado adequado a estas novas tarefas. Enquanto o século XIX supunha que o Direito estivesse contido na Lei, nossa época perdeu essa ilusão, compreendendo que a lei, enquanto texto, é apenas uma precária expressão da norma, frequentemente mal concebida, que o juiz tem de interpretar e aplicar no caso concreto. Norma – não devemos esquecer – cujo sentido modifica-se com as inevitáveis transformações políticas e sociais.

Essa transformação paradigmática vem alimentando a chamada crise do Poder Judiciário. As crises, porém, manifestam-se como crises epistemológicas. A fragilidade e a conseqüente confusão conceituais são os primeiros sintomas de uma crise paradigmática. Isto explica o expediente de que se vem servindo o legislador ao valer-se de conceitos indeterminados, como forma de transferir ao Poder Judiciário a tarefa de complementação do sentido da norma, naturalmente com o inevitável aprofundamento dos dissídios jurisprudenciais. É compreensível, portanto, que estejamos expostos às oscilações, cada vez mais acentuadas, da jurisprudência”. Ibid., p. 98.

⁴²⁰ Essa visão liberal é identificada como total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo, correspondente ao modelo normativista-legalista de juridicidade, conforme NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Separata de: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998.

interesse público nessa atividade e no resultado do processo.

Passa-se a admitir a idéia de que

Toda lei tem uma parte visível, acabada, expressa por suas palavras. Mas tem uma parte inacabada, em potência, que ainda está por ser escrita. É que, na verdade, a norma jurídica se faz em vários momentos. Há o momento do legislador, que a formula, mas há também o momento do aplicador, que a (re) interpreta. E como o seu aplicador não é apenas o juiz, mas também os seus destinatários, também eles participam, de certo modo, de sua construção.⁴²¹

Assim, ao lado do novo papel do juiz surge o novo papel das partes na construção da sentença, tudo em conformidade com a garantia da efetiva participação dos litigantes no processo, inerente à democracia. Renova-se o objetivo do Estado Democrático de Direito, que superando a concretização dos Direitos Fundamentais e a obediência à lei, visa a transformação do *status quo*.

Na medida em que o Estado Democrático carrega consigo esse caráter transformador, não é possível concebê-lo como sendo um estado passivo. Ao mesmo tempo, a tônica fundada em uma autodeterminação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de se apenas alvo da atuação do Estado. Essa relação entre sociedade e o Estado vai refletir a concepção do processo civil, de modo a equalizar o problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes.⁴²²

Nesse passo, o contraditório passa a assumir papel preponderante na relação processual, assegurando a participação das partes na concretização do Direito. Essa participação atual na concretização da igualdade material dos litigantes.

Embora o juiz dirija o processo de forma ativa, passa a fazê-lo sob uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões. De outro modo, trata-se de uma atuação jurisdicional dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões, dando relevância ao contraditório e à estrutura participativa processual. Deixa de ser meio de luta egoística, passando a significar, nesse ambiente de cooperação, um pressuposto do próprio julgamento no cenário democrático, fornecendo um aspecto discursivo ao processo e criando um mandamento constitucional do diálogo entre as partes e o órgão julgador para a formação do juízo, substituindo com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. O processo é encarado, pois, como produto de uma atividade cooperativa, ou seja, de

⁴²¹ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5-6, p.1 89, 1º e 2º sem. 2000.

⁴²² ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

um trabalho conjunto realizado pelas partes e pelo juiz, seja no âmbito da prova, seja na construção da decisão da causa, compatível com um regime político democrático e com o perfil do Estado Democrático de Direito.⁴²³

Surgem os princípios de processo como elementos norteadores da construção do sentido da norma, a fim de assegurar a garantia dos direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Todas essas questões direcionam-se ao processo como meio de obtenção de uma sentença justa, reportando-se aos valores morais típicos do movimento neoconstitucionalista e assegurando a prevalência dos princípios constitucionais sobre a legislação, especialmente infraconstitucional, assegurando ao juiz a amplitude de movimentos necessária à concretização dos Direitos Fundamentais.

Quanto à justiça do processo, oportuna a lição de Neil Andrews, quando trata da audiência justa:

Esta importante codificação de princípios fundamentais consiste nos seguintes elementos:

- i. o direito de estar presente à audiência com a outra parte;
- ii. o direito à ‘paridade de armas’;
- iii. o direito à justa apresentação das provas;
- iv. o direito de inquirir testemunhas da parte adversa;
- v. o direito à decisão fundamentada;
- a) ‘audiência pública’: inclui o direito a pronunciamento público da sentença;
- b) ‘uma audiência conduzida dentro de prazo razoável’; e
- c) ‘uma audiência perante tribunal independente e imparcial, criado por lei’.⁴²⁴

A construção de Andrews é referência ao Humans Rights Act de 1998, que tornou a Convenção Européia de Direitos Humanos plenamente aplicável à Inglaterra, inclusive quanto ao art. 6º da Convenção, que assegura o “direito a um julgamento justo: Na determinação de direitos civis ou de obrigações advindas de quaisquer acusações criminais contra si, qualquer pessoa terá o direito a uma audiência justa e pública, conduzida dentro de prazo razoável, por um tribunal, criado por lei, independente e imparcial.

Oportuno observar que a sentença justa somente pode ser obtida através do processo justo. “Com efeito, quanto maior a participação das partes, mais justa será a solução encontrada ao caso concreto, de modo que a participação não somente vem a ser indicativa da justa possibilidade de manifestação, mas figura também uma contribuição para a solução

⁴²³ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

⁴²⁴ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. 2. ed. Trad. Teresa Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

justa.⁴²⁵

4.4 A Oralidade como Princípio e como Procedimento

A forma oral sempre foi a mais utilizada pelos seres humanos, mesmo nos períodos mais atuais em que houve difusão do conhecimento e da comunicação escrita.

Na Grécia, Platão já observava que

a escrita é morta e só fala por uma parte, isto é, por meio daquelas idéias com que os sinais despertam o espírito. Não satisfaz plenamente à nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não apresenta inúmeros aspectos possíveis da própria cousa. Na palavra viva, falam tanto o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas.⁴²⁶

Modernamente a oralidade tem sido objeto de estudo, considerando principalmente sua decomposição nos conceitos de linguagem, língua e fala, com a construção da teoria dos signos.

Da oralidade se têm ocupado recentemente linguistas, semiólogos, sociólogos, antropólogos, psicólogos, psicólogos e historiadores, concentrados principalmente no estudo de populações primitivas que utilizam exclusivamente a comunicação oral. O isolamento dos conceitos de *linguagem – língua – fala* e a construção da *teoria dos signos* são influxos ao debate das *comunicações orais* e contribuem à descoberta de novas faces do conceito e de novos valores para o binômio oralidade-escritura.⁴²⁷

O processo igualmente atendeu a essa realidade prática e desenvolveu-se sobre base predominantemente oral.⁴²⁸

Contudo, o desenvolvimento da teoria geral do processo e seus princípios, baseados na valorização dos Direitos Fundamentais, acabou por impor a necessidade do registros escritos, como forma da manutenção de seus elementos fundamentais e amparar o controle das decisões judiciais e sua revisão. Veja-se que doutrina destaca que a regra do processo é a escrita e a exceção a oralidade.

Como a oralidade é realidade que se perde no tempo e que não pode ser

⁴²⁵ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278>. Acesso em: 22 fev. 2012

⁴²⁶ PAGANO apud CHIOVENDA, Guisepp. Procedimento oral. *In: O PROCESSO oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 41.

⁴²⁷ GUEDES, Jéferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 15.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 18.

reproduzida⁴²⁹, a escrita foi introduzida como meio de documentação dos atos processuais, viabilizando o exercício dos direitos fundamentais aplicáveis ao processo.⁴³⁰

Para a verificação das inflexões exercidas pela escrita no direito, e o paulatino desaparecimento dos procedimentos exclusivamente orais, devem ser aproveitados os dados externos, como a evolução do alfabetismo, e aqueles decorrentes da valorização da documentação extravagante no processo, somente permitida após a popularização do papel no ocidente. Antes disso, os sistemas procedimentais se equilibravam entre oralidade e escritura por forças próprias, porquanto a escrita persistia restrita a círculos de iniciados, e proibitivos eram os meios de documentação desta. Em síntese, somente a popularização do *papel* permitiu a explosão do processo escrito.⁴³¹

O processo contemporâneo encontra suas origens no processo civil romano, cuja prevalência da oralidade foi variável ao longo dos períodos históricos correspondentes a cada fase do direito.

Todas as ordenações jurídicas pré-romanas desenvolveram-se com base em um processo predominantemente oral. A fragilidade das fontes dificulta e põe em risco tal assertiva, mas há indícios de que mesmo as civilizações que conheciam a escrita e deixaram registros escritos de suas legislações, durante a apreciação do direito, no processo, se utilizavam quase essencialmente de meios oralizados.⁴³²

O processo civil romano pode ser dividido em três fases – *legis actiones, per formulas e extraordinariae cognitiones*. Chiovenda refere que “o processo romano foi eminentemente oral, na plenitude da significação desse termo e pela razão íntima e profunda que assim o exigia a função da prova”⁴³³.

Na primeira fase, o processo era oral, embora formal e rígido, devendo, as partes, obedecerem, em sua atuação, às formas legais que não eram escritas, sendo que qualquer desconformidade com a forma processual gerava a perda da causa.⁴³⁴ Nessa fase, há uma interação entre as ações do Estado e a lei, com forte presença dos magistrados que reuniam

⁴²⁹ Pelo menos através dos meios clássicos de documentação.

⁴³⁰ Esse requisito prático do processo remonta o Direito Romano. “Na gênese do direito romano, as formas orais eram a única maneira de realização dos atos processuais. Sucedeu, no processo privado romano, a lenta evolução da oralidade para sistemas mistos com introdução de atos escritos, obedecendo a particularidades das fases das *legis actiones, per formulas e cognitio extraordinária*, como a história paulatina da penetração e substituição da oralidade por um sistema misto que incorporava escritura. O rigor dos meios ‘oralizados’ do processo primitivo romano e seu formidável requinte passaram à história como constrictivos à realização do direito, abrandados nos estágios evolutivos mais maduros. GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 19.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 18.

⁴³² *Ibid.*, p. 18.

⁴³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 126.

⁴³⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 161.

funções administrativa, executiva e legislativa.⁴³⁵

Na gênese do direito romano, as formas orais eram a única maneira de realização dos atos processuais. Sucedeu, no processo privado romano, a lenta evolução da oralidade para sistemas mistos com introdução de atos escritos, obedecendo a particularidades das fases das *legis actiones, per formulas e cognitio extraordinária*, como a história paulatina da penetração e substituição da oralidade por um sistema misto que incorporava escritura. O rigor dos meios ‘oralizados’ do processo primitivo romano e seu formdável requinte passaram à história como constritivos à realização do direito, abrandados nos estágios evolutivos mais maduros.⁴³⁶

Após a queda de Roma, e mesmo antes, nas regiões conquistadas pelos povos nórdicos, o direito e o processo revelaram-se como o reflexo fiel da penetração bárbara e em oposição ao anterior controle judicial pelo Estado; seguiu-se a limitação aos poderes públicos e liberdade plena às partes. Na Europa Central, antes da implantação do feudalismo, houve um largo período (séculos V a IX) em que se restabeleceu o campesinato livre, organizado em aldeias. Consuetudinário era o direito; o processo era oral e público, mas permeado de formalidades e simbolismos religiosos.⁴³⁷

No período das *per formulas*, “os pretores apresentavam esquemas abstratos, isto é, a instrução era escrita (*formula*) e servia de paradigma ao magistrado que, ao redigir o *iudicium*, deveria observá-la; mesmo assim, o processo apresentava cunho predominantemente oral, pois as partes deveriam comparecer diante do magistrado, identificando a *litis contestatio*.”⁴³⁸ Esse modelo foi aplicado em toda a península italiana, passando a ser também aplicado fora dela, em função da expansão do império romano.⁴³⁹

O terceiro período, da *extraordinária cognitio* foi marcado pelo rompimento com a estrutura anterior, no qual “o julgamento era composto de duas fases, sendo a primeira *in jure* e a segunda *apud iudicem*. Nesse sistema, há um único julgador (magistrado-funcionário), que inicia, instrui e decide”⁴⁴⁰. O magistrado deixa de ter o monopólio do processo, passando a servir como mero distribuidor das querelas. Surge o juiz como funcionário do Estado que exerce a função pública, a *jurisdictio*, destinada à realização do direito.⁴⁴¹

Posteriormente seguiu-se a fase do processo romano-barbárico, cuja principal contribuição foi a criação do sistema de provas legais, com gradação pré-fixada e vinculação do julgamento a esta gradação. Nesse período houve divisão das regras processuais.

⁴³⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 46.

⁴³⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 19.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁴³⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 161.

⁴³⁹ Em função da expansão do império romano e da impossibilidade dos magistrados cuidarem de toda sua extensa área, surgiu o praetor peregrinus, que utilizava uma base processual escrita (formulários) para aplicar as *legis actiones* nos recantos mais longínquos de Roma. Inicialmente as regras escritas eram aplicadas aos não romanos, contudo, os formulários foram tão eficazes que acabaram sendo estendidos aos próprios romanos. Cf. ALVIM, op. cit., p. 47.

⁴⁴⁰ RIBEIRO, op. cit., p. 161

⁴⁴¹ ALVIM, op. cit., p. 47.

O direito canônico também influenciou o processo comum, passando pelos períodos dos glosadores, pós-glosadores e da jurisprudência culta, caracterizando-se, em geral, pelo processo ser escrito, complicado, demorado, adotar como prova principal os depoimentos e sua natureza não-pública.

Nesse passo da história, a oralidade reduziu sua aplicação como elemento útil às instituições judiciárias, movimento verificado a partir de Justiniano (*corpus iuris civilis*).⁴⁴²

Historicamente a oralidade foi vista pelo prisma da suposta dicotomia entre o registro escrito dos atos processuais ou a formulação de pedidos por petições escritas e as manifestações orais das partes, em regra, em audiência, perante o juiz da causa.

O fato é que a necessidade do registro escrito do processo acabou por alcançar nível excessivo, afastando inclusive as possibilidades de manifestação oral das partes e advogados, situação que somada à complexidade das formas processuais acabou por afastar o processo de seu inegável desiderato que é servir de meio de concretização do direito.⁴⁴³

O desenvolvimento da noção de autonomia do processo acabou por o distanciar de seu fim, fazendo com que o objetivo da tutela do Direito material fosse relegado a segundo plano, considerando a complexidade das formas e requisitos para a prática dos atos processuais. Não raro ainda é objeto da crítica da doutrina as decisões que simplesmente “resolvem os processos”, sem, contudo, atingir o fim social dele esperado que é a solução do conflito de interesses, integrante do mundo real e não do mundo processual,⁴⁴⁴ afastando, inclusive o direito ao contraditório como participação das partes e da fundamentação como análise dos argumentos dos litigantes, situação que se contrapõe ao modelo de jurisdição defendido pelo Estado Democrático de Direito.

A própria prática judicial acabou por privilegiar os escritos em detrimento dos atos realizados oralmente (ainda que reduzidos a termo), afastando do juiz o contato com as partes e com os advogados, a não ser com os últimos, através das petições.

Ciente desse fato, a doutrina propôs a revisão dos institutos processuais, como meio de modernizar a estrutura do processo, especialmente equilibrando os atos orais e escritos.

⁴⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 161. Conferir também CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 128 e SS.

⁴⁴³ “O perfil dessa evolução é o de um processo predominantemente escrito e formal, no qual as espécies procedimentais orais e simplificadas aparecem raramente, voltadas de modo dominante às demandas de pequeno valor. Nesse largo período, salvo em raras ocasiões, não se cogitou da generalização da oralidade ou da implementação de procedimentos simplificados”. GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 37.

⁴⁴⁴ Pesquisar doutrina sobre essa questão.

Chiovenda, influenciado em parte pela obra de Wach, observou que as leis processuais da maioria dos estados europeus, à exceção da Itália e outros, privilegiavam a oralidade, auferindo, com isso notáveis vantagens no desenvolvimento veloz do procedimento. Na Itália, sob a vigência do Código de Processo Civil (formalista) de 1865, foi editada em 1901 a lei sobre o procedimento sumário, base para o proselitismo *chivendiano*, que só teria os efeitos consagrados em 1940, com a edição de um novo Código. Todavia, a associação entre o prestígio do propositor e a premência das reformas encontrou campo amplo para o desenrolar de uma avalanche reformista vivida por várias nações que ansiavam por substituir centenárias leis processuais (algumas feudais) pelos novos postulados tidos por democrático-liberais.⁴⁴⁵

Essa corrente foi explicitamente adotada pelo Código de Processo Civil de 1939, conforme teor de sua exposição de motivos:

II – Do Processo Oral

13. O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender a peculiaridades da extensão territorial do país. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade física da pessoa do juiz, de modo que esta dirija o processo desde o se início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada.

Dinamarco detecta esses efeitos na legislação processual brasileira:

com a tônica na deformalização dos atos processuais e agilização do procedimento, antecipação de tutela, aprimoramento das decisões e zelo pela efetividade dos julgados, é uma revisitação dos institutos processuais visivelmente sugerida pela terceira das ondas renovatórias do direito processual (aprimoramento interno do sistema).⁴⁴⁶

A doutrina também foi produtiva quanto à questão, especialmente nos debates travados sobre a conveniência dos procedimentos orais ou escritos, especialmente na década de 40. A introdução da audiência preliminar, com o despacho saneador e o julgamento antecipado da lide são o ápice da aplicação da oralidade no processo brasileiro.⁴⁴⁷

Entretanto, outra noção de oralidade passou a ser desenvolvida, baseada no processo como meio de facilitação de acesso à justiça. Cappelletti foi o expoente dessa nova concepção atribuída à oralidade.

⁴⁴⁵ GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 31.

⁴⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional*. Rondônia. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

⁴⁴⁷ Ainda hoje persiste a resistência à oralidade, mesmo quando revestida de nova denominação: procedimento por audiências, por meio de manifestações retiradas ao longo das penosas experiências vivenciadas, embora se afirma ter o Código de Processo Civil de 1939 trazido inegável progresso. José Carlos Barbosa Moreira, *Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências*, Doutrina 1/105 (MOREIRA apud GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 32).

Nesse trecho, ocorre uma sensível alteração da aplicabilidade e validade das reformas processuais, perdendo a oralidade o caráter de *eixo reformista total*. Alarga-se a concepção da necessidade de mudança, desdobrando da estreita via formal ou procedimental. O resultado mais notório desta nova visão foi sintetizado por Cappelletti no que denominou de novas dimensões da justiça na sociedade contemporânea, que são a constitucional, a transnacional e a social. Esta última dimensão, subdividida em três *ondas*: *primeira onda* – assistência judiciária aos carentes; *segunda onda* – tutela jurisdicional de interesses especialmente vulneráveis; e *terceira onda* – mais complexa e ampla, de criação de procedimentos acessíveis, simples e econômicos, de justiça de coexistência, voltada à conciliação e transação, e, ainda, de participação de leigos na função estatal ou paraestatal.⁴⁴⁸

[...]

Como visto, a oralidade em si, como valor útil à realização procedimental, deixa de ser a tônica da reforma, que transpassa o âmbito formal, tocando as normas constitucionais e até comunitárias de nações. Preserva-se a oralidade em sua importância, mas somente como um valor secundário, válido à realização de determinadas espécies ou variantes procedimentais, principalmente naquela denominada *terceira onda*. É nesse sentido que aflora a proposição, como ponto de consenso resultante de conchaves internacionais de processualistas, de que, embora a escritura prevalece sobre a oralidade, é necessária a coexistência de elementos escritos e de elementos orais: e daí que o problema da oralidade e da escritura se indica com frequência como um problema de predomínio, ou de coordenação, não de total exclusão.⁴⁴⁹

Nesse novo sentido, a reforma processual de 1993 a 1995 e a própria Lei 9.099/95 acabaram por privilegiar a oralidade em sua nova forma, buscando a simplificação, eficiência e a conciliação.⁴⁵⁰

Cappelletti observa que

Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.⁴⁵¹

Referindo-se ao modelo jurisdicional adotado na Nova Zelândia, o professor Geoffrey Palmer deixa lição da maior importância, contendo aspectos aparentemente esquecidos no mundo jurídico:

A principal impressão que se tira da leitura das decisões é a de sua extrema simplicidade. Há poucos casos que não sejam resolvidos em duas ou três laudas datilografadas. A armadura completa do tipo de julgamento ao estilo Westminster foi abolida. Não existe mística nem encenação teatral a respeito da nova lei de

⁴⁴⁸ GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT Editora, 2003. p. 33.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002. p. 156.

acidentes. No entanto, muitas pessoas que não obtiveram qualquer resultado sob o velho sistema, estão sendo compensadas, e depressa.⁴⁵²

O fato é que hodiernamente a doutrina não é unânime quando se trata do estudo da oralidade, ora a apreciando sob o ponto de vista procedimental (concepção de Chiovenda), ora sob o ponto de vista sociológico-jurídico (concepção de Cappelletti), causando confusões de ordem prática.

Jefferson Carús observa que ainda “hoje a oralidade parece uma construção imprecisa, que é empregada para revestir de rigor científico aspirações não unívocas e que terminam por esconder uma séria de ambiguidades, seja do ponto de vista técnico como ideológico”.⁴⁵³

A oralidade, em regra, ganha espaço quando há demora injustificada no julgamento dos processos e quando há falta de pessoalidade no texto escrito.⁴⁵⁴

Isso porque, ainda seguindo os ensinamentos de Cappelletti, não podemos nos esquecer de que a oralidade constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil, dada sua importância, conforme já demonstramos, principalmente no que diz respeito à realização da prova e a formação da convicção do juiz, daí a importância do testemunho da própria parte. Além do mais, a oralidade cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva.⁴⁵⁵

Como princípio, a oralidade desdobra-se na irrecorribilidade das decisões interlocutórias e na concentração dos atos, buscando a reunião de vários atos de forma contínua e subsequente, a fim de trazer celeridade e simplificação do processo.

⁴⁵² PALMER, Geoffrey. Accident compensation in New Zealand: The First Two Years *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002. p. 158.

⁴⁵³ GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 35.

⁴⁵⁴ Sobre Jeremy Bentham, Ribeiro observa que “ele, como poucos, deu grande importância ao contato direto entre o fato a ser provado e o juiz que decide, permitindo, por consequência, uma maior agilização dos processos, que é o paradigma da ciência processual moderna. São suas palavras, mais do que qualquer coisa, que traduzem o sentimento feral dos processualistas modernos sobre a oralidade, quando criticou o sistema inglês, vigente à época, onde a prova oral não era colhida pelo mesmo juiz que prolatava a decisão, pois, conforme Bentham, “el juez no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados com la fisionomia, com el tono de voz, com la firmeza, com la prontitud, com las emociones del temor, com la sencillez de la inocência, com la turbación de la mala fe; puede decirse que se cierra a sí mismo el libro de la naturaleza y que se vuelve ciego y sordo em casos em que es preciso ver y oír todo”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Da tutela jurisdicional às formas de tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 162.

⁴⁵⁵ FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/analise-critica-dos-principios-do-contraditorio-e-da-oralidade>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

[...] em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós, representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dado ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias.⁴⁵⁶

Claro está que o princípio da oralidade não atinge seu potencial alcance senão quando conjugado com os princípios da imediatidade, concentração e identidade física do juiz.

Diz-se, no entanto, que o princípio da oralidade é o gerador de outros princípios ou mesmo subprincípios, por permitir a aproximação do juiz com as partes e com a prova – imediatidade; por exigir do juiz que instrua o julgamento – identidade física do juiz; por realizar maior número de atos em melhor tempo – concentração; e reunir na apelação toda a matéria recursal – irrecorribilidade em separado das interlocutórias. A idéia original dessa cisão da concepção de oralidade decorre da proposição de Giuseppe Chiovenda e perpassa toda sua obra, desde os intentos reformadores da legislação processual italiana no início do século XX até as obras intermediárias.

[...]

Liga-se ainda o princípio da oralidade a outros tantos princípios do procedimento, como o princípio da publicidade, o princípio da livre convicção, o princípio da instância única, o princípio do contraditório, o princípio da preclusão, além daqueles quatro principais antes indicados...⁴⁵⁷

A imediatidade⁴⁵⁸ vincula-se ao contato direto entre o juiz e as partes; a concentração trata da aproximação entre os atos processuais preparatórios da decisão, especialmente os instrutórios e a identidade física do juiz assegura que o julgador que, no processo colher a prova, deverá proferir a decisão. Todos esses princípios vinculam-se com a realização de audiências, sendo que todos eles concretizam-se nesse tipo de ato processual.

Para tornar-se realmente efetivo o princípio da oralidade, à medida que ele se vincula com o princípio da concentração, toma-se necessário impedir, tanto quanto possível, as contínuas interrupções no andamento do processo motivadas pelos recursos opostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo juiz sobre os incidentes surgidos na tramitação da causa. Contra tais decisões, ditas interlocutórias, em nome da preservação do princípio da oralidade, ou não se concede recurso algum, ficando a matéria aí decidida imune à preclusão, de modo a ser apreciada eventualmente pelo tribunal do recurso interposto da sentença final, ou admite-se o recurso sem suspensão da causa, como acontece com o agravo de

⁴⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 348.

⁴⁵⁷ GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 56-57.

⁴⁵⁸ Chiovenda, referindo-se ao princípio da imediação, afirma que este princípio almeja “que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 53.

instrumento, que se processa sem prejuízo da tramitação do feito, podendo, no entanto, pela nova redação dada ao art. 527 do CPC, conceder, o relator do recurso, efeito suspensivo ao agravo de instrumento.⁴⁵⁹

Não obstante, há verificar que a oralidade no processo pode ter duplo sentido: como forma do ato (incluindo o que Guedes refere como procedimentos exclusivamente orais) e como princípio informador da prática dos atos processuais.

Assim, pode: a) em um sentido primitivo a oralidade identificar-se com o modo de realização dos atos do processo, quando são eles verbalmente concretizados; b) às vezes para identificar os raros ou já extintos procedimentos exclusivamente orais e c) noutras surge em senso mais amplo, como *princípio da oralidade*, ou seja, fonte capaz de incluir outros princípios ou subprincípios processuais.⁴⁶⁰

A doutrina é vasta e repetitiva quando se trata de abordar a oralidade enquanto procedimento.

Com relação ao princípio da oralidade, há ponderar que ele desempenha função primordial no espectro argumentativo e discursivo das decisões judiciais e, modernamente, apresenta-se como instrumento útil para assegurar o direito fundamental à razoável duração do processo, bem como elemento fortemente imbricado com o direito ao contraditório.

Segundo Chiovenda, para que seja outorgada a nota da oralidade a um determinado processo, impõem-se as seguintes regras: prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação; imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas (princípio da concentração); e, finalmente, irrecorribilidade em separado das interlocutórias.⁴⁶¹

Mauro Cappelletti completa observando que

en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal em el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales: y de ahí que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión. Una concepción que viesse en el 'proceso oral' un procedimiento del cual fuese eliminado en absoluto el uso de un instrumento hoy em día tan difundido y popular de comunicación y de fijación

⁴⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 68.

⁴⁶⁰ GUEDES, Jeferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003. p. 52.

⁴⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 61-67.

del pensamiento, como es la escritura, no tendría verdaderamente mucha correspondência con la realidad actual.⁴⁶²

Do ponto de vista dos Direitos Fundamentais, a oralidade é instrumento de concretização de vários outros direitos processuais, na medida em que viabiliza a aproximação do juiz com as partes⁴⁶³ e com a prova, assegurando a identidade do juiz responsável pela instrução com o juiz responsável por julgar a ação. Essa noção é agasalhada perfeitamente pelas novas noções de contraditório participativo e de considerar Direito Fundamentas Processual a garantia da participação das partes na construção da decisão proferida no processo.⁴⁶⁴

É oportuno lembrar que a doutrina alemã tem estabelecido uma relação entre o princípio *do rechtliches Gehör* (princípio político da participação - fundamento de uma participação em contraditório mediante paridade de armas no processo jurisdicional) e a oralidade. Entende-se, em outras palavras, que a oralidade é fundamental para que se permita uma participação mais adequada dos litigantes no processo. Trocker chega a afirmar, ao referir-se a este ponto, que a imediatidade é imprescindível para que o processo possa melhor responder às garantias constitucionais da ação e da defesa.⁴⁶⁵

Apesar da tímida defesa de atos orais em relação a atos escritos, muitos autores pregam a preferência por atos escritos em prol da sonhada e mitológica segurança jurídica. Em nome desse outro princípio, mitiga-se a oralidade e com ela castram-se a criatividade e a escuta sensível.

Do ponto de vista do diálogo, observa-se que a oralidade praticada em audiência

organiza um espaço analítico, onde é possível caracterizar cada indivíduo como único e ao mesmo tempo ordenar a multiplicidade assinalada de maneira que nada saia do lugar. Para manter tudo em ordem, as normas e o poder de criá-los, a

⁴⁶² CAPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972. p. 9-10.

⁴⁶³ “Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigi-lo antes do julgamento mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo, compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa. A praxe de decisões não antecedidas de audiência oral significa apenas que a oralidade é renunciável.” GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

⁴⁶⁴ “não basta que diante do juiz estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é necessário também que estas duas partes se encontrem entre si em condição de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva igualdade *prática*, que quer dizer paridade técnica e também paridade econômica” CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. In: CALAMANDREI, Piero; CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956. p. 690.

⁴⁶⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 141-146.

igualdade e liberdades formais se inserem como importantes elementos na quase invisível rede disciplinar.⁴⁶⁶

Esses espaços são indispensáveis no contexto do Estado Democrático de Direito, considerando a prevalência dos Direitos Fundamentais, sua projeção no âmbito do processo e a garantia democrática da participação do cidadão na formação das decisões de questões que são pertinentes pelo Poder Judiciário. Nessa análise, merece atenção a idéia defendida por Warat, que busca a análise crítica dos contextos sociais e jurídicos buscando desvelar a realidade por trás dos dogmas estabelecidos.

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.⁴⁶⁷

Do ponto de vista das próprias partes, não há dúvida de que a implementação da oralidade contribui para a construção do processo justo. Não se trata apenas da atuação dos juristas nos processos, mas da inclusão dos litigantes como parte da solução do problema da construção da sentença.

Para tanto, clama-se pelo desenvolvimento cultural do cidadão⁴⁶⁸ e pela adequação do processo e essa participação, fazendo com que as partes tenham realmente a condição de influir e participar da solução da questão que envolve estes litigantes.

⁴⁶⁶ PINHEIRO, Carolina de Martins. *Escuta criativa: sobre a possibilidade de uma justiça moderna e democrática*. Em 1º Prêmio Novas Idéias para a Justiça. Brasília: SINDJUSDF, 2006. p. 19.

⁴⁶⁷ WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 54.

⁴⁶⁸ “Educação desde e para os Direitos Humanos forma o sujeito de direito tanto coletiva como individualmente, articulando as dimensões ética e político-social com práticas concretas. Além disso, favorece o processo de “empowerment” (empoderamento), fazendo com que os homens reconheçam o poder que lhes é intrínseco, se reconheçam enquanto atores sociais e se organizem coletivamente em busca do mínimo necessário à sobrevivência.” WARAT, Luís Alberto. *Curso seqüencial: formação de educadores desde e para os direitos humanos*. Brasília: MEC, 2003. p. 12. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/univxxi/pdf/curso1.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2006.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na doutrina examinada, possível admitir a inexistência da clássica distinção entre oralidade e escrita, pois os dois institutos não são antagônicos. Cada qual apresenta conteúdo distinto que nem sempre é bem apreendido.

Vários autores ainda apontam a oralidade como contrário da escrita: ou o procedimento é oral, prevalecendo a palavra falada, ou é escrito, prevalecendo a linguagem através dos sinais escritos, o que não corresponde à doutrina sobre a oralidade.

A questão merece tratamento sob pelo menos dois enfoques: o processo sempre vai se desenvolver através da linguagem e ela pode ser transmitida de forma oral ou escrita. A utilização da forma escrita não mitiga a oralidade. A escrita liga-se à necessidade da documentação dos atos do processo, à publicidade, ao duplo grau de jurisdição e à certeza dos atos processuais.

Os atos orais podem ser documentados e ainda assim não se estará afastando da oralidade.

A oralidade se pratica na audiência, local onde há condições de possibilidade para a formação do diálogo, com o intuito de por fim ao processo, atendendo à democracia: reúnem-se autor e réu, juntamente com o juiz-mediador, tentando, de forma responsável e colaborativa pôr fim à lide, seja pela conciliação, seja pela apresentação de seus argumentos e provas, que conduzirão ao exercício máximo da jurisdição. Trata-se do exercício da arte do consenso. A decisão justa depende, sempre, do processo justo. A justiça, sob todos seus aspectos é o conteúdo buscado pelo Estado Democrático de Direito, com seu objetivo da alteração do *status quo*.

A escrita é indispensável para o registro dos atos do processo (salvo modernamente as novas técnicas de captura de imagem e som, que vão revelar definitivamente a incorreção na polarização entre oralidade e escrita, pois fica afastada a escrita e, nem assim, fica assegurada a oralidade). A oralidade concretiza-se, inegavelmente, na audiência.

Contudo, essa audiência exige condições fáticas do exercício do diálogo: as partes devem estar cientes do tratamento que o Direito dispensa ao caso; devem buscar a exposição dos fatos da forma mais clara e precisa, de modo que se possa captar seu ponto de vista; os advogados cumprem papel fundamental, pois devem esclarecer seus constituintes do objetivo e resultados possíveis do processo e do tratamento do Direito para o caso; devem apreciar e apresentar as possibilidades de solução do conflito, colaborando com o juízo na indicação das alternativas possíveis; ao juízo cabe conhecer o processo, examinando todos os seus detalhes

e verificando as possibilidades de resultados e de incidência do Direito. Somente nesse contexto o diálogo poderá ser possível.

O compromisso com o processo realmente foi afastado em prol da praxe jurídica, muitas vezes distanciada da doutrina. Os atores sociais (ou do processo) simplesmente assumem seus papéis pré-fixados, agem conforme o *script* de sua atuação, como se o resultado do processo pudesse ser diferente quando todos os envolvidos agem de forma igual.

Nesse contexto do discurso não há resultado possível que não o já fixado pelo próprio discurso. A limitação na atuação das partes envolvidas no processo é o que assegura que o resultado pouco justo e inviabiliza a reconstrução da realidade e a implementação do direito à igualdade material.

Através da prática dialética, concretizada em sua forma mais básica, pela oralidade, com a discussão efetiva dos elementos envolvidos no processo é que se pode construir um processo verdadeiro democrático.

Isso demanda tempo dos envolvidos, afastando a produção de petições e sentenças através de modelos prontos, ou mais modernamente, através de arquivos simplesmente inseridos nas petições.

Essa própria conduta é coibida quando o processo é verdadeiramente discutido na audiência. Não há diálogo entre quem não conhece o assunto a ser discutido. Através da oralidade, mais facilmente são identificadas as teses e as falhas das teses das partes. Se o advogado ou o juiz desconhecem o objeto da lide e do processo, acabam por não conseguir atingir nível razoável de diálogo, fato que fica patente na sala de audiências.

No que tange à atuação dos advogados no processo, Andrews relata modificação de comportamento desses profissionais após a alteração na legislação inglesa (CPR 1998 – Reformas Woolf):

O Código de 1998 objetivou mudar a cultura dos litígios perante tribunais na Inglaterra. O código processual inglês saiu de um estilo antagônico para um *ethos* mais cooperativo. Apesar de os advogados terem se adaptado às expectativas judiciais, de que não mais defenderiam, incansável e agressivamente, os interesses de seus clientes, os *practitioners* relatam que a natureza *adversarial* de confronto entre as partes continua sendo uma realidade diária. É fato que a documentação trocada entre as partes rivais, que poderá ser apreciada pelo tribunal quando chegado o momento, não mais é formulada nos termos agressivos anteriormente característicos às negociações entre os adversários no período anterior às CPR.⁴⁶⁹

Portanto, com arrimo no referido autor, é possível verificar que a modificação da

⁴⁶⁹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. 2. ed. Trad. Teresa Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

realidade não ocorre simplesmente através das alterações dos códigos de processo, mas esse pode ser mola propulsora de nova postura das partes, advogados e juízes frente ao processo, de modo a, afinal, produzir a mudança necessária.

Nesse aspecto, o retorno ao círculo lei-constituição-Direito é de grande valia. A implementação das garantias constitucionais em sua maior extensão, repercutindo em todas as esferas do Direito é instrumento capaz de causar a mudança processual que se busca, em termos de igualdade processual.

A modernização da doutrina, aliada à aplicação da teoria constitucional e à adaptação – positivada ou não – da legislação processual a esse contexto, são capazes de inaugurar nova fase de democracia no âmbito das relações processuais, com foco no desenvolvimento social e na dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e na promoção do bem de todos (arts. 1º e 2º da Constituição Federal).

A atuação responsável dos atores do processo e a observância do conteúdo do Estado Democrático de Direito tem por resultado privilegiar a construção do resultado útil do processo, adequado ao Direito e à Justiça, pressupostos indispensáveis à promoção da igualdade material assegurada pela teoria dos Direitos Humanos pela Constituição Brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, A. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Ícone, 2007.
- ARIZA, Santiago Sastre. “La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça*, Brasília, n. 24, mar. 2004.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Rio de Janeiro, n. 15, jan./mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 19 abr. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, abr./jun. 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- BISOL, Jairo. Dogma e dogmatismo. In: O DIREITO achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990.
- BISOL, Rossana. Dialética social do direito. In: O DIREITO achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 14. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro, Campus, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de segurança n.º 24268/MG. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie. 05.02.2004. *Diário da Justiça*, 17.09.2004.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. O aspecto processual dos direitos fundamentais como medida assecuratória de sua eficácia. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CADERMATORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CAENEGEM, R.C. Van. Oráculos da lei ou bouche de la loi: considerações históricas sobre o papel dos juízes. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes vistos por nós os advogados*. São Paulo: JG Editor, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1986. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democraciza. In: CALAMANDREI, Piero; CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Noarthfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: SAFE, 1989.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

- CAPELLETTI, Mauro. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uthea Argentina, 1944. v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952. v. 2.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1951.
- CARREIRA, Alvim. *Teoria geral do processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa -Cuadernos del Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 21-I, 1988.
- CHIALONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 152, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CHIOVENDA, Guisepe. Procedimento oral. In: O PROCESSO oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940.
- CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, out./nov. 2006 Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_3/ver_81/artigos/Alceu_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/ver_81/artigos/Alceu_rev81.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003.
- CORREIA, Heloisa Helena Siqueira; MARTINEZ, Vinício C. O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5130>>. Acesso em: 19 jun. 2011.
- CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COUTURE, Eduardo José. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: ESTÚDIOS de derecho procesal em honor de Hugo Alsina. Buenos Aires: Ediar, 1946.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Jurídica de Chile, 2000.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 663-670, jun. 2002.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civi*. 11. ed. Bahia: Jus Podium, 2009.

DIEZ-PICAZO. *Experiências jurídicas y teoria del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1993.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional*. Rondônia. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Por que a guerra? Indagações entre Einstein e Freud (cartas)*. [S.l.], 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/psicoeduc/psicanalise/por-que-a-guerra>>. Acesso em: 09 jan. 2012.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Trad. Leandro Konder. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. São Paulo: Alfa-Omega, s.d. v. 3.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Ratz. *O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial*. *Revista NEJ - Eletrônica*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago. 2011. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278)>. Acesso em: 22 fev. 2012.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Os direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 102-104.

FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/analise-critica-dos-principios-do-contraditorio-e-da-oralidade>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

FAYT, Carlos Santiago. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria de derechos em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GERA, Renata Coelho Padilha. interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, ano 7, n. 9, dez. 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 18 mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429> Acesso em: 14 jun. 2012.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 31, n. 24, p. 71, mar. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Inafastabilidade do controle judicial e uma nova modalidade de autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2012.

GUASTINI, Ricardo. La consitucionalizacion del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconsitucionalismo(s)*. Madri: Trotta. 2003.

GUEDES, Jéferson Carús. *O princípio da oralidade*. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- IHERING, Von Rudolf. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios Urruti. México, D.F: Cia Editorial Continental, s.d.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LAGO, Benjamim Marcos. *Curso de sociologia política*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Revista di Diritto Processuale*, [S.l.], v. 7, p. 327-332, 1952.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACINTYRE, A. *Justiça de quem? qual racionalidade?* Rio de Janeiro: Loyola, 2009.
- MARCASSA, L.. Friedrich Engels. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. *Revista de Educação*, Valinhos, 9, out. 2006. Disponível em: <<http://www.sare.unianhanguera.edu.br/index.php/reduc/article/view/202/200>>. Acesso em: 06 jul. 2011.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Por uma visão internacional antropocêntrica dos direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas tecnologias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3649>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Marcelo Paes. A crise da Justiça e a mediação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

MERRYMAN, J. H. *A Tradução da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MILLAR, Robert Wynnes. *Los principios formativos del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre. *O princípio do juiz natural como garantia constitucional*. Aula magna proferida na abertura do II Curso de Pós-graduação 'Latu sensu' – Especialização em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura, no dia 04 de agosto de 2003, no auditório da EPM. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15534-15535-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Estado constitucional, direitos fundamentais*: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

MORAIS, Jose Luis Bolzan. O Estado de seus limites: reflexões sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. (Org.). *Constituição e Estado social*: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2008.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1976.

NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Separata de: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado e do direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Direitos fundamentais à efetividade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 155, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

PETTIT, Philip. El giro republicano. In: PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Trad. Toni Domènech. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, ano 53, jul./set. 1988.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Maria de Lurdes Sigardo Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, fev. 2001.

PINHEIRO, Carolina de Martins. *Escuta criativa: sobre a possibilidade de uma justiça moderna e democrática*. Em 1º Prêmio Novas Idéias para a Justiça. Brasília: SINDJUSDF, 2006.

PINTO, Cristiano da Paixão Araújo. Direito e sociedades no oriente antigo. In: WOLKMER Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretacion constitucional. *Doxa-Cuadernos del Filosofia del Derecho*, Alicante, n 21-II, 1998.

RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz, MORAES, Jose Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimento de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2007. n. 4. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

SALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 10, 2000.

SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio. 18 maio 2006. *Mundo Jurídico*, [S.l.], Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=799>. Acesso em: 1º set. 2010.

- SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. *Mundo Jurídico*, [S.l.], 22 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto110.doc>>. Acesso em: 17 maio 2012.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & contrapesos (Checks and Balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SIMMEL, George. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio G. (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.
- SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Trad. de Modesto Florenzano. São Paulo: Editora Unesp, 2010.
- SMITH, Adam. A riqueza das nações. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- SÓFOCLES, *Édipo Rei/Antígona*. Tradução de Jean Melville. Martin Claret: São Paulo, 2008. (Coleção obra prima de cada autor, v. 99).
- SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 55-64, jan. 2005.
- SOUZA, Artur César. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. Brasília: Unb, 1998.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*: mestrado e doutorado, 2000. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação positivismo pelo (neo) constitucionalismo. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário/2004. n. 1. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 153-185.
- STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito*

neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. [S.l.]. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 25, jul./dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIAL, Sandra. Democracia: liberdade, igualdade e poder. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAES, Jose Luis Bolzan de (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário 2008*. n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5-6, p.1 89, 1º e 2º sem. 2000.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Bari: Latenza, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Curso seqüencial: formação de educadores desde e para os direitos humanos*. Brasília: MEC, 2003. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/univxxi/pdf/corso1.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2006.

WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador: surfando na pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

ZOLO, Danilo. *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.